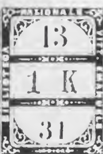
NOBILISSIMI DN. HARTMANI PISTORIS IN SEUSELITZ & HIRSTEIN...

Hartmann Pistoris, Simon Ulrich Pistoris, ...




13
1 K
31

Nobilissimi Dn.

Hartmani D. Simonis F. Pistoris in Seuselitz & Hirstein, Trium Serenissimorum Saxoniæ Electorum Consiliarii dignissimi

QUÆSTIONUM JURIS

Tàm Romani, quàm Saxonici

LIBER TERTIUS.

Non tantùm ex ipsius Autoris manuscripto primo aliisque monumentis limatus, sed etiam notis haud contemnendis locupletatus.

Per Nobilissimum

Dn. SIMON-VLRICVM HARTMANI F. Simonis N. Pistoris in Seuselitz Duorum Serenissimorum Electorum Brandeburgensium consiliarium intimum.

Accessit index geminus, Quæstionum unus, alter materiarum locupletissimus.



M. DC. XXI.





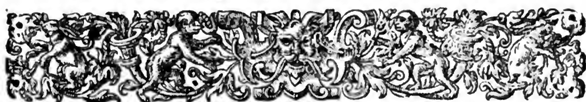
Cum Gratia & Privilegio Sacr. Cæsar. Majest. & Serenissimi Elector. Saxoniæ.

LIPSIÆ,

Typis & Sumtibus HENNINGI GROSII Senior. Bibliopol.







Illustrissimo Potentissimoq; Principi ac Domino, Domino CHRISTIANO II.

DUCI SAXONIÆ, SACRI ROMANI IMPERII ARCHIMARSCHALLO, ET ELECTORI: Landgravio Thuringiæ: Marchioni, Misniæ: Burggravio Magburgensi, &c. Domino suo clementissimo.

INTER CÆTERA, OB QUÆ JURISprudentia hoc nostro seculo iniquis imperitorum judiciis traducitur, Illustriss. & Potentiss. Princeps, Domine Clementissime, à nonnullis etiam non postremo loco recensetur Multitudo scribentium, quam sibi nimis gravem esse, nec omnem ætatem ad singulos libros perlegendos sufficere, plerique passim conqueruntur. Etsi autem nonnihil in hoc genere peccari, ac meritò modum aliquem posci, non diffiteamur: facilè tamen Prudentiores intelligunt, minimum detrimenti Reipub. inde accedere, sed eidem potius gratulandum esse, quod multa, quæ superioribus seculis abstrusa, & variis opinionum erroribus involuta jacuerunt, recentiorum Scriptorum sedulitate in lucem prolata, & ad certam veritatis normam reducta, multa etiam ex mirabili factorum quotidiè emergentium diversitate observata, inventisque Majorum addita sint, adeò ut fere scribentium industria cum varietate casuum, id est, Ars cum Natura, novas quotidiè formas (ut Iustinian. Imper. loquitur) producente, certare incipiat. Quod si maximè quædam, in tanta multitudine, minus rectè tradita, quædam supervacua & otiosè repetita videri possint, nemini tamen molesta sunt, nisi qui iis ultro inhærere & omisso nucleo putamina consectari voluerit: neque enim tàm difficilis est in hoc genere delectus, ac

tacitum quoddam Doctorum judicium facilè ostendit, non quælibet ætatem ferre, neque talia esse, ut ea omnes appetant, quemadmodum de Servianorum quorundam scriptis ait Pomponius. Adeò autem perniciosa non est multitudo scribentium, ut è contrario, duo potius sint, quæ Reip. omnem, quam ex tanta copia percipere posset, utilitatem planè pervertant atque eripiant. Ea sunt, legentium paucitas, & eorum qui lectis rectè utantur, fatalis quædam penuria. Quæ certè duo talia sunt, ac tàm latè patent, ut qui singula excutere, & involutam hisce duobus quasi capitibus malorum congeriem paullò diffusius explicare voluerit, is corruptæ apud Nos Jurisprudentiæ causas in numerato exactè sit habiturus. Ac pateret hîc sanè latissimus evagandi campus, nisi scripti hujus ratio modum requireret, & cavendum mihi sit, ne aut prolixa nimis oratione Illustriss. Celsitud. T. Clementia abuti, aut Lectorem ad alia properantem remorari videar. Illud nunc tantum volo, non esse, quod querelis ejusmodi ab editione aut suarum aut alienarum lucubrationum absterreantur ii, qui se in illustranda quacunque Iurisprudentiæ parte, aliquod operæpretium, utravis ratione, facere posse intelligunt, sed eosdem potius modis omnibus admonendos esse, ut quantò magis aut negligi ab aliis hæc studia, aut novis erroribus contaminari intelligunt, tantò magis ipsi in asserendis & excolendis iisdem incumbant: ita enim fiet, ut & negligentiores, quasi novis quibusdam stimulis subinde ad pleniorem cognitionem excitentur, & perversitati eorum, qui in omni scirpo nodū quærunt, ac non tàm juris, quàm litigandi didicerunt rationem, occurratur, nec non aliæ difficultates, quibus disciplina hæc, præ cæteris opiniosissima, involuta est, è medio tollantur. Præstiterunt in hoc genere egregiam sanè operam diversarum Gentium ac Nationum, totius ferè Europæ, illustria quædam ingenia: quorum copiam non pœnitendam Germania quoque nostra tulit. Non defuerunt etiam amplissimis Ditionibus tuis Illustriss. & Potentiss. Princeps, viri in hac palæstra præstantes & exercitati, atque adeò haud scio,

an

an ex ulla Germaniæ provincia plures prodierint, quorum celebris hac in parte sit industria. Multa certè quæ aliàs ancipitem disputandi rationem habuerunt, eorum, qui sub auspiciis Illustriss. Domus Saxonicæ in hoc genere militarunt, solertia & dexteritate explicata, & certis observationibus ita firmata esse, ut dubitationem amplius vix admittant, omnes fateri cogentur, qui libris eorum manus non planè segnes admoverint. Vindicavit sibi inter hos locum aliquem cariss. Parens meus HARTMANUS PISTORIS b. m. dum ante annos viginti quinque, & quod excedit, Quæstionum juris partes duas, posteriore iterum in duas divisa, edidit, quibus certè de Jurisprudentia nostra optimè meritus esse visus est iis, qui de his rebus rectè judicare & possunt & solent. Etsi autem ex eo tempore, certo quodam consilio suo, à publicandis pluribus abstinendum sibi putabat, quoties tamen inter varia negocia, quæ aut in supremo Appellationum Illustriss. Celsitud. Tuæ judicio occurrebant, aut aliunde offerebantur, nodus aliquis materiæ difficultate aut facti specie insignis, inciderat, omnino ad industriam suam pertinere existimabat, involutam tenebris veritatem penitius investigare, & quid vel in judicando vel consulendo sequendum sibi esset, supputata diligenter ratione constituere: quo ipso non contemnendam ejusmodi Resolutionum (ut appellant) copiam sibi comparaverat. Quia tamen editioni eas non destinarat, fiebat, ut lentius in iis absolvendis progrederetur, nec omnibus supremam manum imponeret, sed pleraq; pro inchoatis potius quàm perfectis haberet, interim tamen (quoties editionem suadebam) meo arbitratui permittens, an postquam ipse in fata concessisset, aliquid ex iis excerpere vellem, quod luce dignum putarem. Hoc igitur quasi fidei commisso quodam, licet in voluntatem meam collato, nihilominus obligatum me existimans, nec non amicorum monitis, ac proprio juvandæ Reipubl. literariæ studio incitatus, cœpi, statim post beatum ipsius excessum, omnia scrinia diligenter excutere, & quasi ex magno quodam naufragio tabulas quasdam colligere, quæ aliquem adhuc usum

habere posse viderentur. Quarum pleræque tales repertæ sunt, ut in iis concinnandis adornandisque plus laboris ac temporis, quàm quisquam facilè existimet, insumendum mihi fuerit, in eo præsertim vitæ genere constituto, quod ad hæc talia conficienda minus idoneum esse, quivis intelligit: unde etiam evenit, ut expectationi & desiderio amicorum tardius aliquantò, quàm par erat, satisfecerim. Collegi autem ex omni numero Quæstiones Sexaginta, quæ lucem ferre posse, & auctore suo non indignæ visæ sunt. Eas cum in unum volumen conferre statuissem, monitus sum à Typographo, idque currente jam prelo, modum libri nimis magnum futurum, itaque in duas iterum partes eas dividere coactus sum: quas ambas brevi intervallo sese subsecuturas, publici nunc juris facio, & judiciis Doctorum, bona fide, ita exhibeo, ut ab auctore ipso, si non totidem ubique verbis, certè sensu planè incorrupto & incontaminato conscriptæ sunt. Addidi etiam obiter notas quasdam, quibus Lectorem de nonnullis admonendum putavi, prout quidque incidit, quod ad rem pertinere visum est, spe bona fretus, viros bonos hanc quasi cupressum, postumis scriptis appictam, haud difficulter laturos, aliis etiam, quæ fortasse minus in toto hoc opere satisfacient, benignè veniam daturos, si cogitaverint Ovidianum illud:

— — — Non sunt hæc edita ab ipso,
Sed quasi de Domini funere rapta sui.

Cæterum, quia inveterata jam consuetudine receptum est, ut nullum ferè scripti genus in lucem prodeat, quin aut patrocinio Superiorum submittatur aut honori Nominis eorum inscribatur, multis argumentis adductus sum, Illustriss. & Potentiss. Princeps Domine Clementiss. ut utranque hanc paternarum Quæstionum partem nemini potius quam Illustriss. Celsitud. T. deberi existimaverim. Sive enim auctoris ratio habenda est, quantopere is Illustriss. Celsitud. T. non tantùm subjectionis & Vasallagii jure, verùm etiam arctiore & sanctiore ministerii nexu, jam inde à D. AUGUSTO Avo Celsit. T. felicis memoriæ, ad ipsa Illustriss. Celsitud.

situd. T. initia fideliter continuato, devinctus fuerit, non est obscurum, cui igitur rectius hæc ejus scripta dedicari possent, quàm ei, cui studia atque operam suam omnem ipse vivus jam dudum consecraverat? Sive res, quæ his libris pertractantur, considerem, eæ pleræque in supremo Illustriss. Celsit. T. Appellationum Dicasterio agitatæ, judicatæ ac decisæ sunt, quædam etiam ad Interpretationem Juris Saxon. & saluberrimarum Constit. à D. AUGUSTO editarum, spectant, ad quem itaque cognitio & patrocinium ejusmodi lucubrationum justius quàm ad Illustriss. Celsit. T. pertineret? His certè ipsis de causis motus, quondam Parens meus eidem D. AUGUSTO, Avo Illustriss. Celsit. T. priora Quæstionum suarum volumina dedicavit, ex iisdem igitur hæc posteriora Illustriss. Celsit. T. Nepoti & legitimo successori in Augusto illo Electorali fastigio debentur. Quod si quid etiam mei laboris huic operi accessit, id non tantùm Parenti meo b. m. ex debito impensum volo, verùm etiam Illustriss. Celsit. T. quasi mantissæ loco, unà lubens meritoque confero, & hoc meæ erga Illustriss. Celsit. T. fidei, cultus & observantiæ testimonium extare cupio: Id ut Illustriss. Celsit. Tua clementer suscipere dignetur, & carissimi Parentis mei memoriam, hac recordatione excitatam, tantum apud se valere patiatur, ut me meosque, liberos & hæredes ipsius, gratia & clientela sua non indignos existimet, eâ quâ par est reverentiâ etiam atque etiam submissè rogo: & inter hæc, ut DEUS Opt. Max Illustriss. Celsitud. T. cum Illustriss. fratribus totaque inclyta Domo Saxonica quàm diutissimè salvam, florentemque conservet, eidemque prosperrimos rerum omnium successus largiatur, omnibus votis exopto. Dabantur 18. Kal. Februarii, Anno 1609.

Illustriss. Celsitud. T.

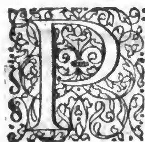
Subditus ac Vasallus devotiss.

Simon Ulricus Hartmanni F.
Pistoris in Seuselitz.



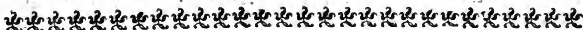
NOBILISSIMO ET DE REPUBL.
OPTIME MERITO

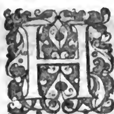
Dn. HARTMANO PISTORIS,
Consiliario Elect. intimo Collegæ
quondam honoratissimo.



ISTORIDUM nomen clarum & generosa propago
Nota est innumeris nobilitata viris.
Virtutis propriæ monstrant monumenta laborum;
Quæ resonant sacris inq; foro inq; scholis.
Italus id loquitur; testatur acutus Iberus
Quæq; alit eximios Gallia docta viros:
Sic Pater in natis, & avis, atavisq; virescit
Crescit & hinc virtus nescia sola mori:
Sic HARTMANNE tuis quæ das post funera scriptis
Vivis & æternum vivere dignus eris.

P. Franciscus Romanus JC.
Consil. Electoralis & Ordinarius in Facultate Juridica Lipsensi gratæ memoriæ ergò.





ARTMANI faciem pingat PISTORIS Apelles
At nullus dotes exprimet ingenij:
Has Itali, Hispani, Galli, mirantur, & uno
Germani magnis laudibus ore ferunt.
Scripta fidem faciunt, quæ si versare diurnus
Nocturnusq; voles, experiere brevi.

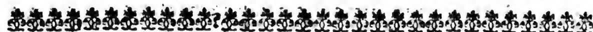
Matthias Gros J C. Juridicæ Facultatis in Alma Witebergensium Academia Adjunctus, Curiæ Electoralis ibidem Advocatus, & in Regio judicio inferioris Lusatiæ Assessor primarius.

Doctores



Octores meritò sequitur, si fama perennis
Jura Theorias qui docuere scholis:
Hem quanta HARTMANUM PISTORIS *fama sequetur,*
Tanto aut quæ veniet gratia digna viro?
Ambigui qui obscura fori mysteria pandit
Quod demum est summa dexteritatis opus?

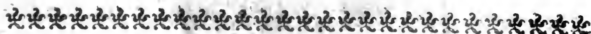
Jacob. Schultes D.





Ivis Saxoniæ vix Electoribus olim,
Dandi consilii major in arte fuit,
Ac erat *Hartmannus Pistoris* acumine miro
Ingenii, & magna dexteritate gravis.
Nam Divo *Augusto*, post successoribus ejus
Nobilis *Hartmannus* consiliator erat
Candidus, ac fidus Justi sectator, & æqui,
Qui semper studuit cum ratione loqui.
Hinc varias gentes *Hartmanni* volvere cernas
Libros, Ingenii pignora docta sui.
Mirantur lectos, ac cœlo laudibus æquant
Germanni, Hispani, Galli, Italiq; simul.
Nec poterit post hac, æther dum sidere splendet
Auferri tanto gloria parta viro.

Fridericus Pensoldus J. U. D.



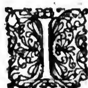


Ivitur ingenio; genio disjungimur illis
Quorum facta, decens fama, sepulta tacet,
Quam bene? gnara loqui post funera charta docentes
Vindicat? ereptos funere charta vehit
Hartmannum *libro redivivum testor: in illo*
Vivida jura, nitet gloria, fama nitet.

Ergo

Ergo nunc dici (quod gratans gratulor) ille
Mortuus, æternum vivus at ille potest.

Michaël Thomas J. U. D.



Urisprudentes prudentes hi vocitantur,
Qui secus haud aliis quàm sibi prospiciunt.
Hartmanno hæc duplici debentur jure perito,
Virtutum Oraclo, Justitiæq; basi.
Nam sua quo Virtus vigeat sudavit in orbe,
Suscitet & cineres *Fama* aliquando suos.
Hâc prodesse equidem voluit sibi; sed quoq; multis
Divinis foliis omnibus esse bono.
Noluit hinc animi sub terrâ condere avarè
Thesaurum, largè promere sed calamo.
Quem *Grosius* noster monstrat quasi jam redivivum,
Et tenebris pressum luce beare cupit.
Aspiciant igitur lucem, legumq; clientes
Hartmanni videant scripta, legant relegant.
Postea quo *Genio* fuerit sua dextera ducta
Percipient quibus est nobilior Genius.

Georgius Schütz. *D. J. U.*



INDEX

INDEX QUÆSTIONUM,

Quæ in hoc libro tertio continentur.

principalis an verò ipsius pignoris constituti, præsertim in contractibus conditionalibus aut ex die & quatenus id tempus retrotrahatur?

X V.

Res empta ex pecunia ad hoc credita, ut ematur, an sit creditori tacitè obligata, & quomodo ei consulatur?

X V I.

Creditor consentiens ut pignus suum alteri obligetur, an hoc ipso jus suum pignoris in totum remisisse censeatur, an verò eatenus tantum, ut alter ipsi in pignore præferatur, eoq; dimisso jus alterius salvum sit.

X V I I.

Agnatus cui feudum etiam oppignoratum est, si simpliciter consenserit, ut alteri obligetur, an tantum ut agnatus consensisse, an verò etiam jus pignoris remisisse censeatur, & quatenus ratione officii actui consentiens sibi præjudicet.

X V I I I.

Pignus quomodo & quibus solennitatibus legitimè distrahitur, & quatenus jus vetus in eo correctum sit.

X I X.

Creditor non legitimè pignus vendens, quid juris in emptorem transferat: & quatenus ambo & quibus actionibus debitori teneantur: quomodo de pignore illegitimè vendito sed præscripto agatur.

X X.

Solutum uni creditori quatenus ab aliis potius jus habentibus revocari possit?

X X I.

Debitor ex pluribus causis si solvit simpliciter, in quam causam id, quod solutum est, imputetur.

X X I I.

Dominus directus an & quatenus vasallos invitos alienare possit?

X X I I I.

Si linea ad quam feudum in divisione pervenit, planè deficiat, an reliquæ lineæ omnes æqualiter admittantur, an vero graduum prærogativa servetur? ad explicat. c. 1. de nat. succ. feud.

X X I V.

Pecunia pro redimendo feudo ex pacto data, an ad heredes allodiales, an verò feudales redemptionis casu eveniente pertineat?

X X V.

Vasallus an & quatenus in fundo feudali domino concedere teneatur, quod sibi non nocet, & ipsi prodest, ex facto discutitur.

X X V I.

Onus injunctum hæredibus feudi, ut certam pecuniæ summam hæredib. allodialibus ex feudo conferant, an integrum debeatur, si disponens in vita partem feudi alienavit, & pretium in allodio reperitur.

X X V I I.

Contractus quando pro perfecto habeatur aut ad perfectionem ejus agi possit, ex facto quæritur.

X X V I I I.

Testamentum non adhibitis testibus domi scriptum & per epistolam à testatore absente actis insinuatum non valere: licet aliàs testamentum apud acta conditum, neq; testes neq; alias solennitates requirat.

X X I X.

Testamentum posterius quædam in priore testamento immutans adjecta generali clausula confirmatoria eorum, quæ mutata non essent, quomodo intelligendum sit, ex facto disputatur, & de vi relati ad referens accuratè, & quatenus conditio prioris testamenti in posteriore censeatur repetita?

X X X.

Dispositio seu onus filiis injunctum, quatenus pertineat ad nepotes, latissimè discutitur.

QUÆ-



QVÆSTIONUM JURIS LIBER TERTIUS.

QUÆSTIO I.

DE LUCRO ET DAMNO, TAM RATIONE SORTIS QUAM OPERARUM inter socios dividendo, & quatenus pacta inæqualitatem inducentia jure permittantur.

SUMMARIA.

1. *Lucrum & damnum quomodo inter socios dividi debeant judicis arbitrio relinquitur. & num.29.*

2. *Societatis contractus summam æqualitatem requirit, adeò ut ne pactum quidem inæqualitatem inducens valeat, de quo tamen nu.10. & seqq.*

Fall. quoties justa causa accedit, quæ inæqualitati locum facit num.3. & 13. ut quoties animus donare volentis in aperto est, n.4. aut à futuro eventu pendet, an inæqualitas aliqua futura sit, nu.5. & nu.24.25.

6. *Æqualitas in societate consideratur, secundum proportionem Geometricam non Arithmeticam: & secundum id quod collatum est.*

Fall. Si non apparet quantum collatum sit, num.14. Quod procedit etiam in societate tacitè contracta. nu.7.

7. *Societas tacitè contrahi potest etiam inter eos, qui antea in alia negotiatione socij sunt, & quomodo de ea judicandum. & num.8.*

8. *Accessorium non sequitur naturam principalis, quando habet propriam & separatam rationem.*

9. *Actus qui venit ad consequentiam alterius, sumit interpretationem à verbis in primo actu prolatis.*

10. *Socij æqualibus portionibus collatis, an & quatenus de partibus lucri & damni inæqualiter dividendis pacisci possint. Latissimè discutitur num.11. & quid si ex inæquali collatione lucra, æqualiter dividi velint. num.1. & 13.*

11. *Operæ cujusque in societate ex opinione contrahentium æstimantur, & secundum eam plus contulisse, quis vel minus societati censetur, nisi resultaret magna iniquitas.*

15. *Conferri non tantùm pecunia potest, sed etiam opera sola & industria, & secundum hanc lucrum dividendum, interdum tàm pecunia quàm opera confertur, & tunc etiam secundum qualitatem operarum partes faciendæ, n.17.*

da, num.17. licet in contrahenda societate de operis æstimandis nihil dictum sit contra Bald.Sal.& alios numer.18. imò ne pactum quidem valet, ut operæ alterius non æstimentur num.19. declaratur. num.27. Fall. si ab initio certis portionibus constitutis, partes expressè dixerint se mutuam & fidelem societati operam præstare velle, sine mentione æstimationis nu.20.& nu.23.

16. *Filiusfamiliâs negociator ex pecunia patris dimidium lucri sibi acquirit.*

21. *Correxisse se in continenti contrahentes non præsumuntur.*

22. *Contrarietas in verbis contrahentium (vitanda.*

25. *Damnum in reciproco contractu ex incerto eventu pendens, ad utrum contrahentium perventurum sit, eventu secuto in consideratione non habetur.*

26. *Dispositio quæ simpliciter non valet, sustinetur si fiat reciprocè.*

28. *Societati quis non tantùm pecunia & opera, sed & consilio & auctoritate prodesse potest, quod ipsum in æqualitatis ratione ineunda considerandum est. Imò interdum ingenium plus valet, quam vires corporis.*

30. *Lucri æquales esse partes debent cum damno: & contra & quæ circa hoc pacta admittantur. Item l. Mutius pro socio declaratur.*

31. *Societas ita inita, ut salvum sit alteri capitale, quatenus valere possit.*

1 INTER † socios lucrum vel damnum, quemadmodum sit dividendum juxta varias negotiorũ qualitates, magnam recipit varietatem, ut omnia sigillatim definiri nequeant, sed plurima judicis arbitrio relinquenda sint, *arg. l. si societatem. l. in proposita pro socio. Alex. cons. 99. nu. 5. lib. 2. Corn. cons. 27. litera G. vol. 2.* inquiens, non posse de his dari certam doctrinam propter varietatem casuum, qui occur-(a) runt *Bartol. Socin. cons. 262.* (a) Quia tamen arbitrium istud judex ad certam juris normam, quoad ejus fieri possit, conformare necesse habet, ideò generaliter quasdam regulas, quæ in hoc negotio potissimum observandæ sunt, colligemus.

2 Ac primò † quidem generaliter sciendum, in ejusmodi divisione inter socios ineunda æqualitatis maximam rationem esse ducendam, itaque divisionem instituendam, ut æqua sit sociorum omnium conditio, neq; alius pro alia contra hanc æqualitatis normam prægravetur. Nam cum societas fraternitatis instar obtineat, *l. verum 63. in pr. pro socio,* bonam fidem maximoperè requirit, & justa ac æqua esse debet, *l. 3. in fin. l. in proposita, l. unde si nerva, in l. si non fuerit, §. fin. eod. tit. l. 3. C. eod.* ubi Impp. rescripserunt in societatib. fidem exuberare, easdemq; æquitatis rationi cõvenire debere. Ex quo *Bald. dicere solitus fuit,* societatem in supremo bonã fidem requirere, quemadmodum refert *Corn. cons. 139. vol. 1.* Idq; adeò verũ est, ut neq; etiam pactum inæqualitatem inter socios introducens, tanquam naturæ societatis adversans juris vigorem obtineat, ut per text. *in d. l. si non fuerint, in princ. ibi. si modò aliquid plus contulit societati,* sensit *Azo in rubr. C. pro socio,* cujus opinionem tuetur *gl. ibi in verbo, societati,* ubi postquam tres diversas retulisset opiniones, tandem concludit sentẽtiam Azonis veriorẽ esse, quam etiam sequitur *Salicet. ibid. & Bald. ac Salicet. in l. 1. C. eod. tit. Alex. Corn. Jas. Curt. jun. & Purpuratus in l. si pascenda, C. de pact. Panorm. in c. naviganti. nu. 11. in fin. de usur. Angel. in d. tractat. de societat. 1. quæst. principal. vers. Ad tertium inquiens, hanc opinionem æquiorem & justiorem. Petr. de Ubald. in tractat. de duob. fratrib. in quarta part. quæst. 1. Didac. libr. 3. variar. resolut. cap. 2. num. 3. vers. Huic conclusioni objicitur, in fin. eam communem * esse post alios asseverans. Et Gomesius variar. resolut. tit. de societat. num. 5.* * Eandem de facto consulti fuerunt amplexi, *Abb. cons. 78. lib. 1. & cons. 114. lib. 2. Roman. cons. 168. & cons. 238. & cons. 250. num. 5. Paul. de Castr. cons. 55. vol. 2. Alex. cons. 181. vol. 2. cons. 80. vol. 3. & hanc sententiam communiter * approbatam & receptam esse, ait Corneus*

Corneus conſ.139. col. 1. & conſ.243. vol.1. ubi ait, quoties in contractu ſocietatis conditio unius ſocij eſt melior, quàm conditio alterius, tunc contractus iſte fit iniquus & invalidus, *& conſ.233.col.2. vol.2. & conſ.152. vol.3. & conſ.311. vol.4. & conſ.214.vol.4.Bart.Socin.conſ.262.qui inquit*, ab hac opinione tanquam communi in judicando & conſulendo non eſſe recedendum, *Jaſon.conſ.174. vol.2. Dec.conſ.116.Joh.Martan. Riminald. conſ. 61. vol.1.Cravet.conſ.173.nu.1.&conſ.245. nu.5.Natt.conſ.403.* Et quamvis non deſint etiam, qui opinionem Johan. relatam *à gl.in d l. ſi non fuerint*, amplectentes contra exiſtimẽt, ejuſmodi pactum inæqualitati inter ſocios cauſam præbens, ſi non jure ſocietatis, ſaltem conventionis jure valere, ut ſenſit *Fulgoſ.in d l ſi non fuerint, Roman. conſ.475. num.6.*
(b) *Decius in d.l.ſi paſcenda.(b)* Ex auctoritatibus tamen paulò ante citatis nemo eſt, qui non videat illam alteram communiori Interpretum calculo eſſe approbatam, non itaq; ab illa facilè recedendum erit, cum præſertim neque ea, quæ pro poſteriore afferuntur, admodum urgeant, ut ex ijs, quæ in ſecunda concluſione dicturi ſumus, evidens erit.

3 Hæc † tamen regula limitatur, ut locum non habeat, quoties aliqua juſta cauſa accedit, quæ inæqualitati occaſionem præbet, idque non ſolùm tunc admittitur, quoties inæqualitas ex eo provenit, quod alter ſociorũ plus contulit ad ſocietatem, (hoc enim potiùs æqualitatis rationi maximè convenit, quam ut inæqualitatis nomine veniat, ut mox probabimus) ſed quotieſcunq; alia juſta cauſa ſubeſt, utputa præclarę artis, vel quod gratioſ⁹ ſit apud omnes ordines is, cui plus quàm æqualitatis
(c) norma exigat, tribuitur, *(c) l. Quid enim pro ſocio.* Vel quod aliquando juverit eum re aut conſilio, à quo hoc ſibi tribuitur, ad cujus remunerationem majorem lucri partem nunc lubens velit concedere: in quibus terminis conſuluit *Corneus conſ.233.in.fin. vol2*

Quin † & ſola donationis cauſa ſufficit. 4 Nam quemadmodum in venditione donationis titulo in emptorem quid transferri poteſt, *Bart. in l.2.de reſcind.vendit.& in l.ſi quis cum aliter, de verb.oblig.Anton.de Butr. & Abb.in c.cum cauſam de empt. & vendit.* ſic nihil eſt quod impediat, quominus idem in ſocietate fieri liceat, cum ſcienti & volenti nulla fiat injuria, *l. cum donationis C.de tranſact.l.1.§.uſq. adeò de injur.* Idq; ex rationib⁹ hiſce ſubdubitans, docuit *Corneus in d.l.ſi paſcenda nu.2.& nu.15.& conſ.187 col.3. verſ. Nec obſtat quod illi tres vol.3. & conſ.310. col. pen. verſ. nec obſtat. vol.4.* quem ſequitur *Purpuratus in d.l.ſi paſcenda nu.30.inquiens,* hoc caſu locum habere poſſe opinionem eorum, qui putant inæquale pactum ſaltem jure conventionis valere. Idem ſentit *Mudæus in d.l.ſi non fuerint, & D. Weſenb. in §.de illa. Inſtit. de ſocietat.*

Quod tamen tum demum rectè procedere videtur, quando alioquæ accedunt conjecturæ, ex quibus appareat aliquem donare voluiſſe: aliqui enim in dubio potius error, quàm donatio, præſumendus eſſet: Ideoq; etiam conjecturas illas in conſilijs ſedulo conſiderat Corneus.

Deinde † reſtringitur concluſio noſtra, ut procedat tantummodo in inæqualitate, quæ tempore pacti conventi apparet, ſecus verò, ſi eadem ex futuro eventu dependeret, & ſecundum hunc, tàm in commodum, quàm damnum alterutrius cedere poſſet, ita *arg.l.de fideicommiſſo.C.de tranſact.* docet *Corneus in d.l. ſi paſcenda, nu.15. in fin. & numer.18.* inde inferens, valere pactum, quo utroq; ſociorum mille conferente conventum fuit, ſi navis ex Aſia venerit, alterum duas ſocietatis partes lucri & damni habere debere, ſi verò non venerit ad alterum tantundem pertinere. Idem tenuit *conſ.1.nu.24.verſ.quid enim ſi unus col 4. vol.1.* & eum ſecutus eſt *Bartol.Socin.conſ.265 col.5.verſ.confirmatur etiam ejus opinio.& Purpuratus in d. l. ſi paſcenda num. 33.* Non enim ex futuro 5

eventu impugnari poteſt, quod ab initio legitimè factum eſt, *l. nec enim de itin.actuq; privat, l. ſancimus C. de adm. tut. l. quod ait, ubi not. Bart. de adult.* Faciunt quæ not. *gl. & Dd. in l. 1. C. de inoffi. donat.* dum concludunt, ad hoc ut contractus inofficioſus reputetur, inſpiciendum tempus contractus, neq; eum revocari, licet ex poſt facto inofficioſus reddatur, quod pluribus firmat *Cravet. conſ. 40. nu. 10*

6 Secundò † ut juſta æqualitatis ratio habeatur, notandum eſt, eam non ſecundum proportionem Arithmeticam, quam quantitativam appellant Interpretes, ſed ſecundum proportionem Geometricam, quam quotativam

(d) iidem vocant, æſtimandam (d) atq; propterea quantum quiſq; in ſocietatem contulerit, diligenter conſiderandum, & ſecundum portiones illas lucrum vel damnum inter ſocios dividendum eſſe, ita ut ſi portiones à quolibet eorum collatæ, quas capitale vulgò vocant, æquales fuerint, lucrum etiam æqualiter diſtribuatur. Atq; hoc modo accipiendum eſt id quod *in d. l. ſi non fuerint, in princ. & in §. 1. Inſtit. de ſocietat. dicitur*, lucri vel damni partes æquas vel æquales eſſe debere, videlicet quando ipſæ portiones collatæ ad ſocietatem æquales fuerint, quemadmodum iſtud interpretatur *Accurſius ibidem*, quem ſequitur *Joh. Fabr. Angel. Portius, Joh. de Platea & reliqui Interpp. in d. §. 1. Cynus Bart. Bald. Salicet. Angel. & Fulgoſ. in l. 1. Cod. pro ſocio, & alij mox adducendi.* Minimè itaq; jura iſta ad eum caſum, quo portiones inæquales ſunt, accommodanda erunt, quaſi etiam tum lucrum æqualiter dividendum ſit, ut quidam vir alioqui non indoctus partium ſtudio contendebat. Sin autem portiones collatæ inæquales fuerint, tum earundem habita ratione inæquales, etiam erunt lucri & damni partes, atque adeò is qui plus contulit, pro rata portionis ſuæ plus conſequatur, & è contrario, utputa ſi unus ſociorum mille in commune contuliſſet, alter verò duntaxat quingenta, tum pro rata portionum ille duas partes lucri, hic verò unam tantummodò perciperet. Hæc regula optimè probatur *in l. ſi ſocietatem mecum coieris 6. & in l. Quid enim. 80. pro ſocio, ubi Pomponius & Proculus iiſdem penè verbis reſponderunt*, boni viri ſocietatis partes conſtituentis arbitrio conveniens eſſe, ut non utiq; ex æquis partibus ſocij ſimus, veluti ſi alter plus operæ, induſtriæ, gratiæ, pecuniæ, in ſocietatem collaturus ſit. His enim verbis ICti dilucidè ſanè declarant, in conſtituendis partibus ſocietatis, & lucro diſtribuendo, potiſſimùm quantum quiſque in ſocietatem contulit, conſiderandum, & ſecundum iſtud etiam diviſionis ineundam rationem. Idem probatur *in d. l. ſi non fuerint, ibi ſi modò aliquid plus contulit ſocietati*, per quæ jura hoc tradiderunt uno ore Interpretes ibi, & poſt alios etiam eleganter *Mudæus & in d. §. 1. Inſtit. de ſocietate, & in l. 1. C. eod. tit. & in d. l. ſi paſcenda, ubi præſertim Corneus & Purpuratus, C. de pactis Angel. in d. tractat. de ſocietat. 1. quæſt. principal. verſ. Ad ſecundum, & verſ. ad 12. reſpondeo Petr. de Ubald. in d. tractat. de duob. fratrib. in quarta part. quæſt. 1. Didac. d. lib. 3. variar. reſolut. cap. 2. num. 2. verſ. Hinc primò apparet, Menoch. de arbitr. judic. lib. 2. centur. 2. caſ. 125. Idem conſulendo ſecuti fuerunt Angel. conſ. 113. Corneus conſ. 24. & conſ. 54. & conſ. 139. vol. 1. & conſ. 27. & conſ. 122. col. 2. & conſ. 233. vol. 2. & conſ. 152. & conſ. 311. vol. 3. & conſ. 34. & conſ. 58. & conſ. 98. & conſ. 212. col. 2. & conſ. 214. & conſ. 299. in fin. vol. 4. Bartol. Socin. conſ. 265. Pariſ. conſ. 82. num. 12. & ſeq. ubi ait*, hanc concluſionem de jure veram & communiter * approbatam eſſe, *& conſ. 84. 85. & 86 vol. 1. Johan. de Amicis, conſ. 62. nu. 4. & 5. Philip. Portius conſ. 68. Cravet. conſ. 159. in fin.* (e) & latè *Menoch. conſ. 121. num. 26. & ſeqq. vol. 2.* (e)

Non † ſolùm autem hoc in ſocietate expreſſa partium conventione inita, ſed & in tacitè contracta locum habet, 7

bet, de qua *in l. cum duobus*, §. *idem Papinianus & in l.4.* §. *societatem coiri. ff. pro socio*, *latè Dd. in l. Titium & Mævium.* §. *Altero. de administ. tutor. & in l.1.* §. *fin. de exercit. action. & in l. ejus, qui in provincia si cert. petatur, Bald. in l. si patruus C. com. utriusque judic.* Nam etiam hoc casu lucrum & damnum pro rata ejus portionis, quam quisq; contulit, distribuendum est, quippe cum taciti & expressi idem soleat esse judicium, *l. cum quid, si cert. petat.* & cotrahentes sese cum juris dispositione conformasse censeantur, *l. Centurio. de vulgar. & pupil.* ita consuluit *Bart. consf.186. lib.1.* & sensit Bald. *in d. l.1. quæst.11. C. pro socio, Alex. consf.99. lib.2. Corneus d. consf.233. vol.2. & consf.85. in fin. vol.3. & consf.311. eod. vol.* & secutus est *Purpurat. in d. l. si pascenda pecora n.11.* Ideoq; cum duo cujusdam negotiationis societatem contraxissent, & altero duas partes, altero unam conferente, pacti fuissent lucrum pro rata portionum distribuendum esse. Deinceps verò alias negotiationes, de quibus in societatis contractu dictum non fuerat, exercuissent, atq; adeò harum etiam rerum societatem tacitè contraxissent, & ego de lucro inde quæsito consulerer: Respondi: Ante omnia considerandum esse, quid & quantum quisque ad hanc ultimam societatē tacitè initam contulisset, & secundum illud lucrum etiam distribuendum. Ita ut si de novo aliquid ad hanc societatem contulissent, hoc minimè pro accessorio alterius negotiationis expresè contractæ (ut quidam vir doctus arbitratus fuerat) reputandum, neq; adeò illius portiones in lucro distribuendo considerandæ, sed potiùs istud secundum id, quod ad hanc societatem peculiariter collatum esset, distribuendum foret, cum, ut dictum est, regula supra firmata, etiam in societate tacitè contracta locum habeat. Neq; enim hæ negotiationes, ad quas peculiares portiones sunt collatæ à socijs, acceptorij nomine rectè venire poterunt, sed propter separatam, quam ex portionibus collatis habent rationem, separatæ etiam negotiationis instar obtinent. Vel dato etiam eam priori societati aliquomodo accessisse, illique conjunctam fuisse, si tamen aliàs portiones ad hanc contulissent socij, non posset ex jure alterius societatis censeri, sed potiùs secundum portiones ad hanc collatas lucrum dividendum esset.

8 Nam † regula, quæ accessorio naturam principalis attribuit, locum non habet quotiescunque acceptorium diversam & separatam habet rationem, ut not. *Bartol. in l. ita stipulatus in 12. opposit. de verbor. oblig. Bald. in l. non dubium in 14. oppos. de leg. Alexand. consf.4. col. pen. vol.1.* Quinimò & si vel maximè ad pacta prioris societatis respiciendum & secundum illa etiam hujus negotiationis lucrum dividendum, id tamen juxta veram & rectam analogiam potiùs ita accipiendum esset, ut quemadmodum in illa, sic etiam in hac pro rata portionum collatarum lucrum distribueretur, quam ut in his diversis negotiationibus eadem prorsus portionum sit habenda ratio, cum præsertim ex hoc ultimo contra naturam societatis tanta inter socios resultaret inæqualitas, ut licet hoc expresè convenissent, nullum tamen juris vigorem obtineret: per ea, quæ de pacto inæqualitatem introducente, supra adduximus *numer.2.* Quod si verò socij ad hanc posteriorem negotiationem nihil de novo contulissent, sed eandem pecunia ad priorem societatem collata, vel lucro inde quæsito exercuissent, tum demum putabam, hanc rectè acceptoriam alterius censeri, atque inde lucrum etiam hujus pro rata portionum ad alteram collatarum dividendum esse. Acceptorium enim sequitur naturam sui principalis *c. acceptorium de reg. jur. libr.6. l. cum principalis eod. tit. l. certum caput.* §. *fin. de eo quod certo loco l. eos C. de usur.*

9 Et † regulariter actus, qui venit

ad consequentiam alterius, recipit interpretationem à verbis prolatis in alio actu, *l. uxori 8. fin. ubi Bart. de leg. 3. §. item capilli ubi glos. de rer. divis. l. 3. de fund. instruct. & instrum. legat. Alexan. cons. 69. col. 1. ad fin. lit. 6. Barbat. inter cons. Alex. cons. 94. col. 1. lib. 3. & cons. 52. col. 6. vers. & ex isto capite lib. 4. & cons. 59. num 7. vol. 1.* ubi multis probat, quod actus qui etiam ex intervallo sequitur, sumat interpretationem ex actu praecedenti. Ex quo etiam magis in specie docuit *Rimінald. cons. 349* quoties in praecedente societate fuit conventum de lucro aequaliter dividendo, quod tum idem praesumatur esse actum in societate deinceps contracta.

Atque haec quidem, quae de lucro pro rata portionum distribuendo asseruimus, extra omnem controversiam posita sunt, quando de divisione lucri nihil convenerunt socij, censentur enim societatem contraxisse arbitrio boni viri, *l. Quod enim, §. illud, & l. si societatem mecum cojeris, l. in proposita & l. seq. pro socio.* Vel hanc normam pactis suis expresse non immutarunt, sed an
10 ab † hac aequa dividendi ratione recedere, & pacto inaequales partes ita constituere possint, ut lucrum non pro rata portionum distribuatur, sed alter minus, alter verò plus, quàm contulit, percipiat, hoc dubitatione non caret. Non solùm enim Imper. *Instit. de societ. in fin. principij,* generaliter statuit, partes societatis, quae expresse fuerunt à contrahentibus, servari debere, sed insuper addit: Ne dubium quidem unquam fuisse, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum duae partes lucri & damni pertineant, ad alium tertia, neque ullam adhibet distinctionem vel restrictionem. Ex quo generaliter ibi notant *Angelus & Christoph. Porcius,* valere pactum, quod partes in societate non sint aequales, & considerat *Fulgos. in d. l. si non fuerint*, quod si textum interpretemur eo de casu, quo etiam portiones inaequaliter fuissent collatae, tum non tàm spectanda esset conventio, quàm collatio tantummodò, neque disparitatem partium faceret conventio (cui tamen potissimùm id tribui videtur,) sed magis disparitas eorum, quae conferuntur, cum praesertim id sola rerum inaequalitas per se possit, ut supra dictum fuit, juxta interpretationem istam sola conventio id non posset absque disparitate eorum, quae conferuntur. Ut proinde frustra conventionem considerasse Imper. videatur, si textus ille ad eum casum restringeretur, quo ex ipsa partium disparitate illa inaequalitas proveniret, & idem etiam ipsa conventio praestare non posset. Idem clariùs etiam probari videtur *in seq. §. de illa, vers. ubi dicitur*, ita posse conveniri, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur, cum quo concordat *text. in l. Mutius, ff. eod. tit.* Nam hoc ipso satis designatur, pacto immutari posse, ne semper in lucri distributione portionis collatae habeatur ratio, cum si ad hanc semper respiciendum esset, idem de damno, quod de lucro constituendum foret. Facit text. *in l. si pascenda, ibi. portionibus quibus placuit inter Dominum & pastorem dividantur C. de pactis.* Quamobrem pactum ejusmodi de lucro non secundum portiones collatas, sed alia ratione, etiam inaequali, dividendo valere censit *Johan. ut refert gl. in d. l. si non fuerint, & in hanc sententiam* etiam consuluisse *Bart. in quodam suo cons. incip. ex facto proponitur*, quod *Julian. recenset Corn. in d. l. si pascenda num. 1.* quod tamen inter impressa non haberi ait *Purpuratus ibi. numer. 32.* Ab eadem non videtur fuisse alienus Fulgosius *in d. l. si non fuerint*, illam hac ratione confirmans, quoniam in contractibus bonae fidei naturaliter conceptum est, contrahentibus invicem se circumscribere, *l. in causa. §. Idem Pomponius de minor. l. item si pretio. §. fin. locat.* quare idem in societate admittendum, neque in singulis socijs ad amussim requirenda, aequalis proportio

tio ejus, quod à singulis confertur cum lucri quantitate, quam sunt accepturi. Hisce adstipulatur etiam *Decius in d.l. si pascenda*, præter rationes adductas nitens generali illa regula, quæ docet, contractus ex conventione legem accipere, *l. 1. §. si convenerit depositi, & ad text. in d. l. si non fuerint.* respondet ejusmodi pacta non valere, aliter ex illo non colligi, quam argumento à contrario sensu: quod ejus momenti non est, ut contra supra adductas manifestas juris rationes aliquid rectè inde inferri queat, ut not. *in l. conventicula C. de Episcop. & Cleric.*

Alij animadvertentes inæqualitatem illam repugnare naturæ societatis, arbitrati sunt, ejusmodi pactum licet non valeat jure societatis, saltem tamen subsistere jure conventionis, quorum opinionem refert *gl. in d. l. si non fuerint.* Et pro eadem considerant quidam, quod donationis causa vendere & locare licet, *l. si quis 38. de contrah. emt.* quare & societas inæqualis gratificandi causa contrahi poterit, ut saltem jure conventionis valeat.

Communis tamen interpretum Schola post Azonem in *rubr. C. pro socio*, existimavit, ejusmodi pacta, quibus alteri sociorum plus minusve lucri tribuitur, quam exigit æqualis proportio ejus, quod contulit, nullum juris vigorem obtinere, *gl. in d. l. si non fuerint, & ibi Salicet.* quod communiter receptum esse, testatur ibidem *Fulgos. Bald. & Salicet in l. 1. eod. tit. Corneus, Purpurat. & Curt. jun. in d l. si pascenda ubi etiam Dec.* post alios quos refert, fatetur, hanc opinionem communem esse, eandem tanquam communem uno ore in consiliis sequuntur, quamplurimi supra in principio hujus quæstionis allegati, pleriq; enim eorum de ejusmodi pacto loquuntur, de quo nunc verba facim9. Non solùm autem jam dictis auctoritatibus probatur sententia ista, sed & *manifesto textu in d. l. si non fuerint.* Ubi Paulus postquam dixerat, valere pactum, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, istud restringendo addit, si modò aliquid plus contulerit societati vel pecuniæ vel operæ vel cujuscunq; alterius rei. Neque contra hæc verba tàm clara quicquam facit responsio Decij, desumta ex consideratione argumenti à contrario sensu, cum ad colligendum hoc ex textu isto minimè adhibeamus argumentum illud, sed potiùs consideremus naturam dictionum, Si modo, quæ est, ut præcedentia restringat, ne aliter locum habeant, quam si sequentia observata fuerint, prout etjam contra Decium rectè animadvertit *Curt. jun. in d. l. si pascenda.* Ex quo etjam minimè accommodari poterit interpretatio gl. supplentis dictionem maximè: hæc enim cum verbis textus directo adversetur, nemo est, qui non videat, quàm si inepta. Idem confirmatur ex ipsa societatis natura, quæ ut diximus bonam fidem & æqualitatem maximoperè requirit, per jura supra adducta. Nam regulariter pacta quæ naturæ contractus refragantur, eandemque destruunt, jure non subsistunt, *not. Dd. in l. cum precario de precar. Jas. in authent. ingressi num. 36. Cod. de SS. Eccles. cum simil.* Neque huic sententiæ quicquam obstat *text. Instit. in fin. princip.* Nam cum is generaliter loquatur secundum verba *d. l. si non fuerint*, quæ casum istum magis explanant, restringendus erit, siquidem leges generales plerunq; ex aliis magis in specie de aliqua re disponentibus interpretationem recipiunt, *l. de precio de publ. in rem act. Angel. in l. quamvis num. 2. de in jus voc. gl. & Dd. in l. sciendum. Qui sat. cog. auth. offeratur, Cod. de lit. cont.* quod in proposito eo tutius sequendum, cum in aperto sit, Institutiones ex libris Jurisconsultorum desumtas esse, ut meritò etiam ex hisce interpretationem recipiant, quemadmodum declarat *Corneus in d. l. pascenda num. 15. & ibi etiam Purpuratus num. 9. & Curt. jun. num. 2. Idem Corneus cons. 24. vol. 1. & in aliis supra indicatis.*

Neque refert, quod ut Fulgosius considerat, secundum hanc sententiam inæqualitas magis rebus collatis quàm conventioni, qua tamen potissimùm nititur Imperator, tribuatur. Nam etsi portionum semper ducatur ratio, tamen satis operatur conventio, dum certas & definitas facit partes, quæ alioqui incertæ essent, & boni viri arbitrio relinquendæ, ut respondet Mudæus, quinetiam hoc ipsum, quod portiones in dividendo lucro considerantur ex conventione partium descendit, vel expressè vel tacitè, dum de conferendis partibus inæqualibus convenerunt, ut ita dici non possit, Imperatorem frustra conventionem considerasse. Estque præterea animadvertendum, quod de ejusmodi conventione loquatur, de qua ne dubium quidem unquam fuit. Nam hoc ipso designat, se contra illa, quæ jure Digestorum alioqui disposita essent, nihil novi statuere, sed potius verba facere de tali pacto, quod naturæ societatis, ejusdemque regulis maximè sit conforme, videlicet de eo, quo convenerunt socij, quantum quisque ad societatem conferre, & quas inde partes lucri & damni consequi debuerit. Non enim dubium est, quin ita contrahi possit societas, ut inæquales partes conferant socij, & secundum illas etiam lucrum & damnū dividatur. Cum econtrà si de eo pacto loqueretur, quo collatis portionibus æqualibus de lucro inæqualiter dividendo conventum esset, res non solùm probabilem reciperet dubitationem sed etiam adversaretur *d. l. si non fuerint*. Quamobrem verba ista, Vel ex hoc, quia, ut Imperator dicit, de eo ne dubium quidem unquam fuit, potiùs de illo quàm de hoc pacto intelligenda erunt. De intellectu §. *de illa*, *& l. Mutius*, paulò post dicendi locus erit. Minus ponderis habet argumentum desumtum ex *d. l. si pascenda*. Nam quod de partibus, quibus placuit, dicitur, id potius de placito, quod cum æquitatis norma convenit, quàm de iniquo accipiendum est, *argum. l. fideicommissa libertas ita dari potest. de fideicommiss. libert. Bartol. in l. si sic. in princ. de leg. 1. Ita respondet Purpuratus ibi nu. 8.* Sic neque etiam urget argumentum à contractibus bonæ fidei, in quibus naturaliter licet decipere, ad societatem, quod affert Fulgos. cum in societate, ut supra diximus, magis quàm in cæteris omnibus contractibus bona fides atque æqualitas requiratur, atque adeò manifesta subsit diversitatis ratio.

Et † respondet præterea Mudæus non usque adeò ad amussim expendi debere, an is cui major pars lucri tribuitur, revera conferat plus pecuniæ vel plus operæ, quæ verè majorem afferret utilitatem societati, & tantam quanti æstimata esset, sed ad opinionem contrahentium ea verba, si modò aliquid plus contulerit, referenda esse, hoc est, si contulit aliquid præsertim operam & industriam (cujus incerta est æstimatio) quod pluris æstimatum est, quam revera afferat emolumenti, & hoc respectu etiam in isto contractu, perinde ut in cæteris contrahentes invicem se decipere possunt, verbi gratia, si quis prætextu operæ suæ admissus ad dimidium lucri, quæ verè non merebatur amplius, quàm tertiam lucri partem. Quod ultimum tamen haud scio an sit admittendum, quando inde tanta, ut in exemplo ab ipso proposito resultaret inæqualitas, cum etsi Jurisconsultus *in d. l. si non fuerint*, utatur dictione, Aliquid, tamen in verbis sequentibus satis declaret ad conservandam æqualitatem, non tàm ad opinionem contrahentium, quàm ad veram æstimationem respiciendum esse, ibi: quod ita demum valebit, si tanti sit opera quanti damnum est. 11

Quod verò alij putant, ejusmodi pactum saltem jure conventionis valere, id nulla probabili juris ratione nititur, & destruitur illis fundamentis, quibus communis conclusio firmata

mata fuit, per quæ etiam ab Interpretibus communiter traditum est, ejusmodi pactum nullum omninò juris vigorem obtinere. Neque refert, quod ut quidam considerant, in aliis contractibus donationis gratia, à norma eorum recedere liceat. Nam etsi non negemus in societate hoc idem permissum esse, interim tamen verum est, donationem nunquam præsumi, sed alias requiri conjecturas. Præterea quoties donationis titulo sustinetur ejusmodi pactum, tum inæqualitatis consideratio penitùs cessat, altero quod sibi debebatur, alteri sponte & liberaliter concedente, atque adeò nullam amplius de inæqualitate conquerendi causam habente. Non igitur ex eo generaliter concludi poterit, pactum inæqualitatem introducens inter socios conventionis saltem jure valere. Ut proinde communis illa conclusio ab impugnationibus supra adductis facilè defensari possit.

Quæ quidem non solùm tum procedit, quando æqualibus portionibus ad societatem collatis de lucro & damno inæqualiter dividendo conven-
12 tum fuit: Sed † etiam locum habet, quando inæqualibus portionibus ad societatem collatis socij de lucro æqualiter dividendo convenerunt. Nam etsi Corneus *in d. l. si pascenda, numer. 15. & consil. 187. col. 3. vers. nec obstat, quod illi tres plus ponebant, lib. 3. & cons. 310. col. pen. vers. nec obstat quod secundo loco lib. 4.* existimet, ultimo casu ejusmodi pactum valere motus auctoritate *Bart. d. cons.* Item quasi non ita videatur repugnare naturæ societatis, quando partes lucri sunt æquales, licet unus plus altero contulerit, sicuti quando inæqualibus portionibus collatis lucrum inæqualiter dividatur. Quippe cum illo casu, quando æquales lucri partes constituuntur, omnis invidiæ ansa præcidatur, quæ ex eo plerunque inter socios oriri solet, quando alter altero plus de lucro consequitur: Tamen hanc restrictionem post *Bartol. Socin. cons. 265. col. pen. vers. secundum quod est discutiendum*, rectè improbat *Purpurat. in d. l. si pascenda num. 37.* stante enim hoc, æqualitatem potissimùm in eo consistere, ut æqualis sit proportio lucri & rei ad societatem collatæ, & alterum cum altero commensuretur, quicquid verò cum hac æqualitatis norma pugnat non valere, consectarium omninò est, etiam pactum istud, quo inæqualibus portionibus collatis de lucro æqualiter dividendo conventum fuit, non magis subsistere posse, quàm in casu converso: quippe cum illud perinde, ut hoc, æqualitatis normam transgrediatur. Ideoque etiam Purpuratum contra Corneum sequitur Didacus *lib. 3. variar. resolution. cap. 2. numer. 3. vers. Tertiò ex hoc dubia redditur*: Ergo inquiens profectò non video justam discriminis rationem, imò ex ipso Jurisconsulto *in d. l. si non fuerint*, censeo utramque pactionem iniquam, cum utrobique contra legem societatis non æqua sit lucri divisio, nec congruens partibus in societatem deductis.

Istud verò facilè concesserim, communem sententiam hactenus firmatam iisdem modis restringi atque limitari, quibus inæqualitatem in societatis contractu admitti supra circa generalem conclusionem in principio hujus quæstionis ostendimus.

Quamobrem quotiescunq; † justa 13
aliqua causa accedit, ob quam alicui ultra id, quod ad societatem ipse contulit, plus lucri attribuitur, tum pactum istud validum est, utputa si ejusmodi conventio facta esset causa præclarè alicujus artis, qua alter sociorum præditus est, vel quod gratiosus sit apud omnes ordines, qui sic admittitur, vel quod aliquando juverit eum re aut consilio, à quo sic admittitur, in cujus remunerationem majorem ei lucri partem nunc libens velit concedere, vel denique liberalis donationis causa.

Ex his

Ex his enim atque similibus causis aliqua accedente, subsistere posset, opinio eorum, qui arbitrati sunt, pactum ejusmodi saltem in vim conventionis valere. Interim autem verum nihilominus est, in lucro & damno distribuendo usq; eo ad portionem collatam respiciendum esse ut in contrarium non valeat pactio, quæ non aliqua ex causa sit facta, quasi non debeat unquam sine causa videri temerè recessum ab æqualitate, quam socialis fraternitas & fraterna societas videtur exigere.

14 Quæ denique † de lucro secundum proportiones collatas dividendo hactenus diximus, illa tum demum rectè locum inveniunt, quando constat, quantum quisq; sociorum contulerit: quando de eo non satis apparet, tum æquales partes i. e. viriles constitui debent, atq; ita etiam intelligi poterit id, quod in principio *d.l.si non fuerint*, dicitur, si non fuerint partes societatis adjectæ, æquas eas esse debere, *& in §.1. Inst. de societ.* si nihil de partibus lucri & damni nominatim conveniant, æquales scil. partes, & in lucro & in damno spectari, quemadmodum jura illa interpretantur *Dd. ibi & Corn. in d. cons. 24. lit. D. vol. 1. & cons. 122. col. 2. & cons. 233. vol. 2. & cons. 85. in fin. & cons. 196. vol. 3. & cons. 34. vol. 4.*

15 Tertio † quia lucrum pro rata portionum dividendum esse probavimus, ideò ne in æqualitatis legem peccetur, porrò observandum est, ad dignoscendum, quantum quisq; ad societatem contulerit, non solùm pecuniã & merces, sed & operas cujuslibet diligenter considerandas, & harum etiam in distribuendo lucro ducendam esse rationem, ut dilucidè probatur *in d. l. si non fuerint, in pr. & §. ita coiri pro socio & in d. §. de illa Inst. eod. tit.* Usq; adeò, ut si unus sociorum pecuniam conferret, alter verò duntaxat operam præstaret, hæc etiam in considerationem veniret, & si juxta boni viri arbitrium responderet pecuniæ collatæ, lucrum inter ipsos æqualiter distribuendum esset, *l. 1. C. pro socio l. 1. l. cum duobus § si in coeunda ff. eod.* Plerunq; enim pauperior ex opere supplet, quantum ei per comparationem patrimonij deest, ut inquit Jurisconsultus *in l. societatem §. societas ff. eod. tit.* & quandoque tanta est industria socij, ut plus societati conferat quàm pecunia *d. l. Si non fuerint, ff eod. tit. cum aliis in hanc sententiam adductis à Bart. Socin. cons. 265. & à Purpurat. in d. l. si pascenda.*

Ex † quo etiam generaliter tradidit Bartol. si filius cum pecunia Patris negociatus fuerit, quod tum ratione operarum præstitarum media pars lucri ad filium pertineat, *Bart. in l. 1. §. nec Castrense, de collat. & in l. cum oportet post gl. ibid. Cod. de bon. quæ liber. & in l. illud Cod. de collat.* quam doctrinam sequitur *Roman. cons. 469.* & eam receptiorem esse testatur *Decius in d. l. illud num. 12. & Cravett. cons. 121. in fin. & cons. 165. num. 1. & Mandos. in addit. ad Roman. d. con. 469* (f) 16

Et licet quidam in hac facti specie aliter existimaverint, quorum opiniones collegit Men. *de arbitr. Jud. lib. 2. cent. 2. cas. 125.* hæc tamen opinionum dissensio potiùs circa ipsam æstimationem operarum consistit, an videlicet indifferentes media pars lucri ad eum, qui operas præstitit, pertineat, an verò opera pro diversa qualitate personarum & aliarum qualitatum judicis arbitrio æstimanda sint, quod ultimum verisimilius & receptius est, ut sensit *Bald. in auth. ex testamento C. de collat. Petr. de Ubald. in tractat. societat. part. 5. princ. quæst. 13. in fin. Angel. cons. 212. Alex. cons. 99. nu. 5. lib. 2. Socin. sen. cons. 162. col. 1. & 2. lib. 2. Cravett. cons. 159. in fin. & d. cons. 165.* Interim tamen omnes in eo conveniunt, tàm in hoc, quam in cæteris casibus, in quibus de lucro pro rata portionis distribuendo agitur, non minus operarum, quàm pecuniæ ducendam esse rationem, ut apparet ex adductis per *Menoch. in d. loc.*

Idque † non solùm tum procedit, quando 17

quando ut jam diximus alter pecuniam, alter duntaxat operam contulit, sed locum etiam habet, quando uterque operam & pecuniam simul ad societatem contulit: nam & hoc casu operæ, quas alter sociorum plus præstitit, in æstimationem veniunt, modò appareat eas superare operas alterius socij, prout docet *Bald. in l. 1. col. 2. vers. Quartò quaro C. pro socio.* quem sequitur *Salicetus in l. Mutius ff. eod. tit. Johan. Fab. Instit. de societat. §. & quidem,* dum ibi ad hoc ut lucrum æqualiter dividatur, non solùm considerat sortem illatam fuisse æqualem, sed & socios ejusdem industriæ & operæ. Omnia enim, inquit, Bonus judex debet attendere, sicut bonus vir faceret, *l si societatem mecum, ff. eod. Idem sensit Angel. in tractat. de societat. 1. quæst. in princ. vers. Ad 17. respondeo. Petrus de Ubald. in tract. de duob. fratrib. quarta part. princip. Alex. d. cons. 99. num. 5. lib. 2. Corne. cons. 24. vol. 1. ubi col. 3. vers. his præmissis,* disertis verbis ait, in distribuendo lucro societatis tàm portiones illatas, quam etiam operas ab utroque sociorum præstitas considerari debere, & quantum ex alterutro horum societati fuerit quæsitum, ita ut qui plus contulit societati, sive cum suis bonis sive cum industria, plus detrahat de lucro. In hanc etiam sententiam consuluit idem *cons. 27. vol. 2. & cons. 152. vol. 3.* hanc addens rationem, quia societas censetur contracta arbitrio boni viri. Bonus vir autem ita arbitrari debet, ut qui plus laborat, plus manducet, & qui plus meretur, plus lucretur, *& cons. 196. & cons. 311. eod. vol. & cons. 58. & cons. 212. vol. 4.* ubi ait, quando unus sociorum est industrior altero, tum is in divisione majorem partem lucri percipere debet, *& cons. 122. vol. 1.* clarius asserit, quod sicut ille, qui in societate posuit majorem quantitatem, vel rem majoris æstimationis, plus lucri etiam consequitur, ita duobus sociis una cum pecunia conferentibus operam, is qui operis suis plus profuit, plus etiam lucri percipere debet, cum eadem habeatur consideratio operæ atque pecuniæ, & societas alioqui non censeretur contracta arbitrio boni viri: Est enim, inquit, de natura societatis, ut qui plus ponit in societate, plus detrahat in divisione de lucro, *& cons. 34. vol. 4.* disertè ait, preter bona collata etiam considerandas esse qualitates operarum, & attribuendum unicuique, quantum operæ ejus merentur. Hoc etiam secutus est *Paris. cons. 84. in fin. vol. 1.* ubi multis adductis auctoritatibus tandem concludit, quod omnis æquitas & honestas, cujuscunque juris, & potissimùm in contractu societatis dictat, ut industriæ, operæ & laboris impensi habeatur ratio in divisione lucri, atque propterea plus lucri consequatur is, qui plus laboravit, admonens etiam arbitratores, ne in lucri distributione operarum æstimationem negligant. Idem latè firmat etiam *cons. 85. num. 13. & cons. 86. nu. 13. vol. 1. & Marian. Socin. jun. cons. 27. vol. 2. n. 8 & Craveti. cons. 159. in fin.* (g)

(g) 18 Atque † ex locis jam adductis evidens simul est, doctrinam hanc etiam locum obtinere, licet de operarum æstimatione in societatis contractu nihil dictum neque expressum sit. Nam & plerique de hoc ipso casu disertè loquuntur, & rationes, quibus nituntur, idem svadent, etsi de operis nihil fuerit conventum. Cum enim, ut dictum fuit, ipsa societatis natura & æqualitatis ratio, quam requirit illa, hoc postulet, ut in distribuendo lucro operæ etjam, quas quisque sociorum præstitit, æstimentur juxta boni viri arbitrium: Utique ineuntes societatem cum hac ipsa natura contractus sese conformasse, & secundum illata & boni viri arbitrium societatem contraxisse, & quod consequens est, de hac ipsa operarum æstimatione, etsi hoc expresse non dixerint, juris tamen interpretatione convenisse intelligantur Cavendum itaque erit *à Bald. cons. 177. lib. 4. &*

Salicet

Salicet in l.1.C. pro socio quæst.7. quatenus hanc conclusionem aliter non admittunt, quam si de operis æstimandis conventum esset, ita interpretando *d. l. si societatem*, quod etiam secutus videtur *Angel. in d. §. de illa Inst. eod. tit. & Mudeus in d. l. si non fuerint, in princ. dum verba Saliceti simpliciter referunt*. Nam præterquam quod horum opinio communi Interpretum calculo est improbata, nulla etiam pro tali juris ratione est subnixa. Quod enim Bald. considerat, cum frater naturaliter commodum fratris promovere teneatur, *l. creditor §. fin. mand.* ita etiam socium, qui fratris instar obtinet, communi lucro studere debere, *l. si negocia de nego. gest.* ac propterea etiam lucrum æquo jure dividendum esse, id parum urget, cum etsi socius teneatur ad instar fraternitatis operis suis communem sociorum utilitatem promovere, id tamen nihil impediat, quò minus ipsa fraternitatis & æqualitatis ratione hoc exigente harum operarum etiam in lucro dividendo justa consideratio habeatur. Sic quod affert Salic. quasi socij eo ipso, quod operas utrinq; conferentes non expressè pacti sunt, alterutrius operam majore aliqua lucri portione dignam, operas invicem compensasse videantur. Item quod alioqui, si operæ semper considerandæ venirent, cum earum propter diversas personarum qualitates magna sit varietas, partes societatis nunquam forent æquales, contra *d. l. & si non fuerint in princ.* id etiam exigui est momenti. Nam compensationis consideratio, tum demum rectè locum haberet, quando inter operas non magna esset differentia: At quando unius industria longè superat operas alterius, qui casus huic proposito propriè convenit, qui quæso compensationis conjectura locum habere potest, cum compensatio inter ea duntaxat, quæ invicem sunt æqualia, rectè consideretur, & nemo præsumatur velle jactare operam & industriam suam, *l. cum de indebito. de prob.* quin potius huic compensationis considerationi ipsa natura societatis refragatur, quæ vel maximè bonam fidem & æqualitatem exigit, *l. rerum in pr. pro soc. l. in proposita l. si societatem mecum l. 3. in fin. pro soc.* ita ut is qui plus ponit in societate, plus detrahat in divisione lucri *d. l. si non fuerint, cum aliis supra adductis.* Minus etiam refert hac ratione rarò casum, quo partes sint æquales, dari atque adeò rarò locum esse posse regulæ *d. l. si non fuerint*, prout argumentatur Salic. Sufficit enim huic regulæ tum locum esse, quando vel sine operis æquales portiones conferuntur, vel inter ipsas operas nulla diversitas subest: quemadmodum illam declarat Joh. Fabr. tàm fortis, quàm etiam operarum æqualitatem requirens, ad hoc ut regula illa obtineat. Præterea æqualitas, quam dicta regula requirit, non secundum proportionem Arithmeticam, sed Geometricam intelligenda est, ita ut licet illi, qui plus operarum præstitit, plus etiam lucri adscribatur nihilominus portiones æquales esse rectè dicantur, ut ex iis quæ supra firmavimus manifestum est. Non igitur minus hoc etiam casu æquales partes dicentur, atque idcirco etiamnum sæpedictæ reg. *l. si non fuerint*, in proposito locus erit, & quod consequens, consideratio Salic. inde desumta huic nostræ sententiæ nihil obstabit. Ut non immeritò de Saliceti opinione dubitaverit *Corn. con. 233. vol. 3.* sentiens, nullam subesse diversitatis rationem, utrum uterque an alteruter sociorum operam contulerit, quin & ipsemet *Salicet. d. loco* nihil certi definit, sed duntaxat ut ex sequentibus verbis apparet, cogitandum relinquit, atque interim contrarium disertè asserit, *in d. l. Mutius pro socio*, ut proinde auctoritati ejus tantò minus tribuendum sit, & contra eam pluribus sententiam etiam nostram firmat *Purpuratus in d. l. si pascenda num. 11.*

19 Quinimò tantùm † abest, ut ad operarum

rarum æstimationem necesse sit, de his expresse conventum esse, ut etsi socij pacti fuerint, non esse ducendam rationem operarum ab altero sociorum præstitarum, tamen pactum hoc inæqualitatem inter socios introducens nullum esset. Probavimus enim supra in secunda conclusione, omnia ejusmodi pacta, quæ efficiunt ne pro rata ejus, quod quisq; contulit ad societatem, dividatur lucrum, atq; adeò inæqualitati causam præbent, invalida esse. Quamobrem cum ipsa æqualitatis ratio, quâ societatis contractus potissimùm nititur, hoc exigat, ut in dividendo lucro operarum etiam æstimatio in considerationem veniat, atque illi qui industria sua societati magis profuit, plus etiam lucri adscribatur, consequens sanè est, pactum quo conventum fuit, operarum nullam in distribuendo lucro habendam esse ratione, utpote contra naturam societatis inæqualitatem introducens minimè subsistere. Idq; de ejusmodi pacto dilucidè asseruerunt, *gl. in d.l.si non fuerint, pro socio & in c.pleriq. 14. q. 3. Bald. & Salicet. in d.l.1. Panorm. in c.naviganti num. 11. in fin. de usur. & cons. 114. vol. 2. Roman. cons. 168. & cons. 238. & cons. 520. num. 5. Paul. de Castro cons. 55. vol. 2. Bartol. Socin. cons. 265. Alex. cons. 80. vol. 3. Jas. con. 174. vol. 2. Decius cons. 116. Johan. Marian. Riminald. cons. 61. vol. 1. Natt. cons. 403.* quibus in locis communi ore concludunt, pactum, quo altero sociorum pecuniam altero operam conferente, fuit conventum, quod illi, qui pecuniam contulerat, sors integra esse, & media lucri pars obvenire debeat, veluti iniquum jure non subsistere, hac potissimum moti ratione, quoniam is, qui operas ad societatem contulit, non solùm pecuniæ, sed & operarum periculum contra æquitatis normã subiret, hoc enim ipso satis denotant pactum, quod obstaculo est, quò minus in distribuendo lucro operarum justa & æqua habeatur ratio [illegible]iris vigorem non obtinere.

Erit tamen hoc ultimum iis modis limitandum, quibus supra generalem illam conclusionem pacta inæqualia improbantem declaravimus.

Sed cum duo socij, quorum alter mille alter quingenta contulerat, pacti fuissent, ad illum duas partes lucri & damni ad hunc verò unam pertinere debere, atque insuper convenissent, in communem societatis utilitatem mutuam operam præstare velle, deinceps verò is, ad quem tertia pars spectabat, prætenderet, se plus laborum atq; molestiarum sustinuisse, ac propterea ultra portionem sibi ex pacto debitam etiam harum operarum in distributione lucri rationem haberi poteret, alter verò contra tertiam duntaxat, ut conventum fuerat, ipsi vellet concedere, fuit quæsitum, utrum hoc etiam casu operæ æstimandæ sint. Et quamvis ex iis quæ de operis hactenus firmavimus videri, prima fronte alicui posset, etjam in illa facti specie operam atque industriam alterius socij considerandam esse. Quippe cum hoc æqualitatis ratio naturæ societatis inhærens maximoperè desideret, usque eo ut ne quidem contra pacisci liceat, quemadmodum paulò ante dictum fuit?

Respondi † tamen secundum ea, 20 quæ proponebantur, operarum minimè habendam rationem. Motus potissimùm quod socij certas partes, quas in dividendo lucro observari vellent, definierunt, atque adeò hoc ipso operas invicem compensarunt. Nihil enim tàm congruit humanæ fidei, quàm ea, quæ semel placuerunt, servare, *l. 1. de pact. l. 1. de constit. pecun.* Ideoque etiam partes, quas in societate constituerunt contrahentes, servari debent, *d.l. si non fuerint, & §. 1. Instit. de societ. l. penult. C. eod. tit.* Quod si contrahentes ultra partes constituras voluissent, etiam operarum peculiarem instituendam æstimationem, utique hoc exprimere potuissent, cum autem prætermiserint, verisimile sit, eos etjam id

jam id

jam id ne voluisse quidem, sed in partibus ab ipsismet d finitis acquievisse, *l. unica §. sin autem deficientis C. de caduc. tollend. l. 1. §. non dixit prator. de acquir. har. C. ad audientiam, de decimis c. cum dilectus de dona.* Verbis itaque ab ipsis prolatis simpliciter & indistinctè standum erit, *l. quicquid astringenda de verbor. oblig. l. Labeo §. idem Tubero de supellect. leg. l. 1. §. si qui navem de exercit. act.* Atque hac ratione adductus pone in terminis quæstionis nostræ, consuluit *Joh. Maria. Rimin. cons. 349.* quando socij invicem certas societatis partes constituerunt, neq; de operis aliquid convenerunt, quod tum operæ in æstimationem non veniant, sed simpliciter partes constitutæ servandæ sint: ut proinde hoc casu rectè sibi locum vendicet doctrina Salic. *in d. l. 1. C. pro socio,* existimantis, quando de operis nihil dictum fuit eas compensatas censeri. Id quod in proposito ex eo etiam magis confirmatur, quoniam ultra portiones expressas convenerant socij, quemvis eorum sedulam operam navare velle in communibus societatis negociis, neque tamen ullius mercedis fecerant mentionem, sed nihilominus partibus antea constitutis acquieverant: Nam vel ex hoc ipso evidens est, eos in lucro dividendo nullam voluisse habere rationem operarum, sed hasce potius invicem compensasse. Alioqui enim si operæ etiam in æstimationem venire deberent, contrahentes à partibus illis, quas priùs constituerant, recessisse, atq; adeò sibimetipsis adversati esse viderentur, cum si operarum etiã habenda esset ratio, non jam amplius, ut conventum fuit, tertia pars ad alterum sociorum pertineret, sed pro qualitate operarum plus minusve, sed quia verisimile non est, eos semetipsos in continenti corrigere voluisse, ideò potiùs statuendum, operarum hoc casu nullam ducendam esse rationem, quàm alterum admittendum, *argum. l. non adeò. & quæ ibi not. gl. & Dd. de condit. & demonstrat.*

Non † enim verisimile est contrahentes iis, de quibus expresśe convenerunt, derogare voluisse, *l. sancimus C. de testam. l. præcipimus in fin. C. de appellat. l. alumna §. Qui filias de Adim. legat. Oldrad. cons. 190. Cravett. cons. 26. num. 7.* 21

Sic † etiam nunquam ea est capienda interpretatio, per quem contrahentes sibimetipsis adversatos fuisse viderentur, sed verba eorum potiùs ita interpretanda, ut omnis evitetur contrarietas, not. *Bart. in l. scriptura C. de fide instrum. Idem Bart. Bald. & Dd. in l. cum falsa. in fin. C. de jur. & fact. ignor. c. inter dilectos. §. cæterum de fide instrum. Alex. cons. 156. num. 7. vol. 1. & cons. 141. vol. 2. Decius cons. 374. num. 2. & cons. 190. num. 4. Socin. cons. 43. vol. 4. Paris. cons. 88. numer. 26. vol. 1.* Neque his obstant ea, quæ de operis æstimandis paulò ante diximus. Tum † enim demum illa rectè procedunt, quando inter socios de lucri divisione nihil fuit conventum, at quando certæ fuerunt partes constitutæ, secundum quas lucrum divideretur, hasce sanè servari oportet, *d. l. si non fuerint.* Voluntates enim legitimè contrahentium conservandæ sunt, *l. pen. C. pro socio.* Nec etiam ex inæqualitatis consideratione pactum istud impugnari poterit, cum eo tempore, quo partes hasce constituerunt, nondum satis constiterit, quinam ex sociis plus laboris atque operæ sit ad communia societatis negocia collocaturus, sed uterque strenuam se navaturum operam promiserit, atq; hoc ipso operas compensaverint; Non † igitur pactum istud, quod initio propter incertitudinem nullam continuit iniquitatem ex eo, quod fortè alter plus deinceps laboraverit, inæqualitatis argui poterit, cum ut supra in principio firmavimus, utrum pactum aliquod æquum sit, tempus contractus sit inspiciendum, neque inæqualitas ex futuro eventu dependens in considerationem veniat, *d. l. de fideicommisso cum aliis supra adductis.* Ex quo in casu penè simili conclu-

(margin numbers: 22 beside "Sic † etiam", 23 beside "Tum † enim", 24 beside "Non † igitur")

concludit *Corn. d. conſ. 24. verſ. Quod enim ſi unus col. 4. vol. 1.* Quod ſi alter ſociorum mille, alter verò operas tantum contuliſſet, hoc pacto, ut lucrum æqualiter divideretur, quia veriſimiliter tum temporis tanti precij eſſet opera quanti pecunia, licet is qui operas contulerat, tantum induſtria ſua non potuiſſet lucri facere, lucrum tamen nihilominus æqualiter dividendum ſit, quoniam, inquit, induſtria & æquitas conventionis ab initio conſideratur non ſecundum exitum, *d. l. de fideicommiſſo*, addens in hanc ſententiam accipienda eſſe verba *Baldi in l. patruus ante fin. C. commun. utriuſq. judic.* dum ait, ſe non conſiderare, an unus ſociorum plus lucretur, quàm alius. Idque in propoſito vel ideò magis locum obtinet, quoniam inæqualitas, quæ deinde conſecuta eſt, non unum duntaxat ſocium reſpicit, ſed potuiſſet in alterutrius damnum vel incommodum cadere.

25 Nam † regulariter in contractibus reciprocis atque viciſſitudinariis, ex quibus alteruter contrahentium ex eventu futuro damnum vel lucrum ſentire poſſet, damnum deinceps contingens in conſiderationem non venit, propter æqualem ſpem dubiumque rei eventum, *l. ſi pater puellæ, ubi hoc not. Bart. Bald. Salic. Paul. de Caſtr. & Dd. de inoff. teſtam. d. l. de fideicommiſſo C. de transact. Roman. conſ. 26. col. 1. verſ. Item & duplici ratione. Decius conſ. 287. col. fin.*

26 Quæ quidem † doctrina uſque adeò vera eſt, ut etiam pacta quæ alioqui jure non ſubſiſterent, tamen propter hunc dubium & reciprocum eventum, qui in perſona alterutrius contrahentium contingere poſſet, juris vigorem obtineant, *l. ſi ea pactione ubi gl. & Dd. not. C. de uſur. l. ſancimus, § ſi quis autem talem C. de donat.* cum ſimilibus in hanc ſententiam congeſtis per Tiraquell. *in l ſi unquam verſ. Donatione largitus num. 110. & ſeqq. C de donat* Ut proinde ex hiſce omnibus evidens ſit, ad pactum iſtud, quo operæ ab initio hinc inde compenſantur, minimè accommodari poſſe regulam illam, quæ docet, pactum inæqualitatem inter ſocios introducens non valere. Alioqui enim nunquam operæ mutuò compenſari poſſent, cum tamen hoc jure fieri poſſe, ne ambigendum quidem ſit.

Ex † quibus etiam apparet, minimè huc pertinere ea, quæ de pacto circa operas inæqualitatem introducente tradiderunt, *Socin. d. conſ. 265. & alij ſupra adducti.* Loquuntur enim illi de eo caſu, quo unus tantum ſociorum operam contulerat, & facta collatione ſortis ab altero illatæ liquido conſtabat, non ſatis dignam mercedem ſibi fuiſſe conſtitutum, atque adeò ipſum pactum ab initio magnam continere inæqualitatem, quod in caſu noſtro longè aliter ſeſe habet. 27

Accedebat † inſuper in propoſita facti ſpecie, quod is, qui minus laboraverat, admodum erat dives & boni nominis atque inſuper ingenio pollebat, ſuoque conſilio ſocietatis negocia gubernabat, ut ſi quis hæc cum operis alterius conferret, meritò dubitaret, à quonam ſociorum plus commodi acceſſerit ſocietati. Quamobrem etſi nihil de operis compenſandis dictum eſſet, tamen hac vel ipſa de cauſa compenſandæ eſſent, neque idcirco in conſiderationem non venirent, & quod conſequens eſt, nullam pactum hoc, de quo verba facimus, inæqualitatem continere poterit. Nam (ut iſtud etiam pro declaratione hujus tertiæ concluſionis addamus) ad conſervandam æqualitatem illam, quæ in ſocietate maximè requiritur, omnia ea quæ quivis ſociorum contulit, diligenter conſideranda ſunt, non ſolùm pecunia & opera, ſive induſtria, ſed & gratia, ut diſertè inquit Juriſconſultus *in d. l. Quid enim, pro ſocio*: multò itaque magis bonum alicujus nomen & fides, quam plerique ſecuti fuerunt, in conſidera- 28

tionem venire debent. Sic etiam quod alter sociorum consilio suo negocia societatis gubernaverat, inter alia considerat *Socin. d. cons. 265. col penultim.* Neque sanè mirum, cum nemini non pateat, sicut animus corpore præstantior est, ita etiam operas illas, quæ ingenio perficiuntur, consilium videlicet, & rationem, plus habere momenti & ponderis in omni negocio, quàm quæ corporis viribus expediuntur, ut pluribus ostendit *Tiraquell. de ll. connubialibus l. 1. glos. 1. part. 1. numer. 51. & seqq.* adducens inter alia illud Ciceronis in Catone: Non viribus aut velocitate aut celeritate corporum magnæ res geruntur, sed consilio, auctoritate & sententia. Ideoque jura nostra etiam in rebus, quæ maximè robur corporis requirunt, non tamen minorem ingenij quàm corporis ducunt rationem, *ut in l. post liminium §. fin. de captiv. & post limin. reverf. & in l. 2. §. Quem ita senio. de vacat. mun. & in c. ex multa §. secundò quæsivisti*, ubi hoc not. *Panorm. de voto.* In operis igitur æstimandis etiam non minus in considerationem venire debent operæ ingenij, quàm corporis, id quod sensit *Portius in §. 1 Inst. pro soc.* dum ait, si plures scholares societatem contraxerint in eligendis habitationibus, majorem ducendam esse rationem ejus, qui virtute est præstantior.

29 Quæ † cum ita sint, rectè sanè ab Interpretibus traditum est, æstimationis ineundæ propter negociorum varietatem nullam certam tradi posse regulam, sed eam committendam esse arbitrio boni viri, qui omnib. circumstantiis & qualitatibus diligenter examinatis ita æstimationem instituat, prout æqualitatis normæ maximè convenire videbitur, ut docet *Corn. cons. 27. vol. 2. Bart. Soc. d cons. 265. Menoch. d. tract. de arbitr. jud lib. 2. cent. 2. cas. 125. & 126. & alij in locis supra citatis.*

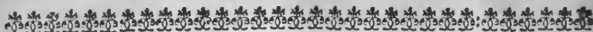
30 Quartò † sciendum, æqualitatem illam, quam in societatis contractu spectandam esse diximus, in eo potissimum consistere, ut eadem sit ratio lucri & damni, & quam quis lucri partem percipit, pro eadem etiam vicissim damnum sentiat, *d. l. si non fuerint, l. cum duob. §. damna, pro soc. §. illud expeditum est, Inst. eod. tit.* Naturalis enim ratio postulat, ut par sit lucri & damni ratio, & ad quem damnum spectat, ad eundem etiam lucrum pertineat *l. secundum naturam de reg. jur. l. manifestissimi, §. fin autem ibi. Ubi enim periculum, ibi & lucrum, C. de furtis l. si is qui §. si quem quæstum, commodat. l. id quod de peric. & commod rei vendit.* Idemque si solius damni pars à contrahentibus expressa fuerit, eadem pars censetur constituta in lucro, & è contrario *d. §. illud*, expeditum est, ubi Portius notat, portionem lucri regulare & demonstrare portionem damni, & contra *Paul. de Castr. consil. 415. part. 1. Alex. cons. 131. num. 6. vol. 1. Jas. cons. 33. col. 4. libr. 3.* Quinimò hæc usque adeò obtinent, ut ne expressa quidem conventione immutari possint. Societatem enim ita coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, responsum est *in §. Aristo. d. l. si non fuerint.* Sic pactum, quo conventum fuit, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum verò commune sit, vel ut aliam damni aliam lucri partem socius ferat, ita demum valere, si aliud quippiam accesserit post Sabinum existimat *Cassius in d. l si non fuerint, in fin. princip.* Quod tamen ex jam dictis ita est accipiendum, nisi justa aliqua causa intervenerit, quæ ut meritò alterutri sociorum plus minusve damni vel lucri attribuatur efficiat, atque hoc ipso ad hanc æqualitatis normam negocium reducat, ut declarat Jurisconsultus *in d. l. si non fuerint, ibi si tanta sit opera quanti damnum est.* Et secundum hæc intelligendum est id, *quod in l. Mutius ff. pro socio,* Servius existimavit, posse ita coiri societatem ut lucri pars alia feratur, alia damni. Nam etsi Servius Mutius arbi-

arbi-

arbitrantem societatem, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat, coiri non posse, propter inæqualitatem quæ inde resultat, in eo potissimùm notaverit, quasi nequeat ejusmodi societas contrahi, non propter inæqualitatem, quam Mutius consideraverat, sed potius, quia nisi damno deducto, lucrum intelligi non possit, neque damnum nisi omni lucro deducto, atque idcircò non tàm de eo sollicitus esse videatur, utrum pactum ejusmodi inæqualitatis ratione infringi possit, quam de eo duntaxat laborare, ut ostendat, quemadmodum aliæ partes lucri, aliæ item damni de facto constitui possint, sive id jure fieri queat, sive minus. Quia tamen verisimile non est, eum de ejusmodi pacto locutum esse, quod nullum juris vigorem obtineat, ideò rectiùs in eam etiam sententiam accipi poterit, quasi causa aliqua, ut jam dictum fuit, intervenerit, & propterea pactum etiam legimum fuerit, quemadmodum eundem etiam interpretatus est Imperator *in d.§.de illa ibi. quia sæpè quorundam ita pretiosa est opera & ibi.quia sæpè opera alicujus pro*
(h) *pecunia valet.* (h) Atque ita etiam intelligendum est id, quod ibidem subjungit Imperator, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur. Nam hoc tum demum admittendum esse, quando causa aliqua justa accedit, utputa, quando tanti est opera quanti damnum, ex præcedentibus verbis jam consideratis manifestum est. Hujus autem restrictionis istud plerunque tradunt exemplum, cum societas inter duos contrahitur, quorum unus pecuniam, alter industriam confert, & is qui industriam & operam collaturus est, ab altero stipulatur, se liberum fore à periculo & damno pecuniæ in societatem collatæ, lucri verò participem, nam ejusmodi pactum valere nemo est qui neget disertisque probatur verbis, *d.§ de illa; & d.l.si non fuerint*, quæ propterea ad casum istum restringunt, *Abb. in c. per vestras col.2. & Johan. de Anan.c.fin.de usuris n.7.* quod tamen intelligendum erit, modò opera tanti sit, quanti damnum, ut ait Jurisconsultus *in d. l. si non fuerint*, & declarat *Corneus d. l. si pascenda.*

31 Sed † an idem etiam obtineat in persona ejus, qui pecuniam in societatem contulit, an videlicet is pacisci possit, ut pecunia sibi salva sit, atque adeò nullum ejus damnum sentiat, dubitatione non caret. Nam hoc pactum propter usuras, quæ sorti accedunt, legitimum nō esse putarunt Abbas & Anan. in locis adductis, inde verba §. de illa ad priorem casum tantummodò restringentes. Veruntamen contra existimandum est, posse secundum varias negociorum qualitates casum contingere, in quo vir bonus arbitrabitur, ejusmodi pactum in se continere æquitatem, atque propterea validum esse. Pone enim industriam alterius, qui operam confert, non æquivalere pecuniæ ab altero collatæ, neque adeò illum juxta societatis æquitatem dignum esse dimidia lucri parte, sed fortè tertia vel quarta: hîc si dimidia illi concederetur, non iniquum esset, cum vicissim hoc nomine in se suscipere periculum pecuniæ ab altero collatæ, cum ipsi dimidia lucri pars constituatur veluti in pretium suscepti periculi, ut ad hunc etiam casum rectè accommodetur dispositio *d.§.de illa*, quemadmodum sensit *Johan.Lup. in c. per vestras 6. notat.§. 12.num.8. Petr.de Ubald. in tract.de duob. fratrib. 4. part. quæst. 1. Purpurat. ad l. si pascenda num. 37. & Didacus d. lib. 3. variar.resolut.cap.2.numer.8.* Quare hoc etjam arbitrio judicis committendum erit, ut considerata quantitate pecuniæ collatæ, & qualitate industriæ negocium ad æqualitatis normam reducat, *Bald. in authent. ex testamento in 10. col. C.de collat. Angel. & Paul. de Castr. in l. cum oportet in princ. C. de bon. quæ liber. Corn.cons.285.vol.1.Marian. Socin.cons.73.*

num.12.vol.2. Plura de hoc quemadmodum altero sociorum operas altero precium conferente lucrum vel damnum inter eos dividendum sit, copiosè tradit *Salicet. in l. Mutius ff. pro socio, & Corn. in d. l. si pascenda*, unde ea petere licebit. Non enim omnia sigillatim persequi animus nobis est, sed generales tantum regulas de lucri vel damni divisione comprehendere voluimus.



ADDITIO
SIMONIS ULRICI PISTORIS. HARTMANNI F.

(a) Vide *Menoch. de arbitr. judic. cas. 125. & luculentum tractat. Hecto. Felicij. de societ. ca. 115. quem cum his conjunge, & Petr. Sanz. Morquech. de divi bon. c. 3. & 5.*

(*b*) Vide *Ceval. comm. opin. quæst. 297.* ubi communem contra commun. ponit, sed plures pro hac posteriore allegat.

(*c*) Adde *Hect. Felic. d. l. n. 41. 44.*

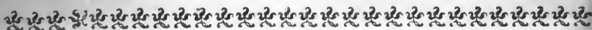
(*d*) Adde *Foller. in addit. ad Marant. p. 4. distinct. 4. nu. 36. Jo. Anchor. lib. 3. quæst. 40. n. 9. & 26. Menoch. d. cas. 125. num. 5. in fin.*

(*e*) *Mandel. Alban. cons. 343. n. 2.* ubi copiosa apostill.

(*f*) Videnda sunt, quæ pro declaratione hujus doctrinæ eleganter tradit *Hippol. Riminald. §. 1. num. 104. cum seq. inst. per quos pers. nob. acquir.*

(*g*) Adde latissimè *Hector. Felic. d. tract. de societ. n. 44. 50.* qui id limitat non procedere in societate omnium bonorum *in pr. in 2. & 7.*

(*h*) Vide *Rimin. Jun. cons. 400. n. 9. & 62. Petr. Augustin. Morlam. in Empor. jur. tit. 8. quæst. 25. n. 28. & seqq.*



QUÆSTIO II.
PACTUM UT DE PECUNIA, ULTRA CAPITALE AB ALTERUTRO EX sociis in negociationem collata, ex communi societate Cambium Francofurtense præstetur, an sit licitum.

SUMMARIA.

1. *Jurisconsulti officium veritatem colere, & multa veritatis causa singularia recepta.*
2. *Disputare in utramque partem ad eruendam veritatem plurimum confert.*

3. Merca-

40. *Usuræ aliis præter modum solutæ interesse nomine non veniunt, ut repeti ab alio possint.*
41. *Mora considerari non potest ante terminum solutioni præfixum.*
43. *Interesse lucri cessantis debet esse certum & in potentia propinqua & honestum num. 42. considerato etiam periculo quod subiisset mercator n. 44. & omninò in arbitrio judicis consistit. num. 45. & 55.*
50. *Compensatio tum demum locum habet, quando utrobique par & æqualis est causa.*
53. *Affectus non consideratur ubi præsens est damni effectus.*

DUo mercatores cum societatem ita contraxissent, ut ad alterum duæ partes societatis, ad alterum verò tertia pertinere deberet, inter alia pepigerant, si alteruter ipsorum ultra sortem in societatem collatam, plus pecuniæ ad negotiationem contulerit, quod tum huic ratione illius pecuniæ, interesse juxta Cambium Francofurtense persolvi, vel totidem ab altero vicissim mutuò dari deberent. Cumque unus sociorum, ad quem duæ partes societatis spectabant, plus collocasset pecuniæ, quam pro rata portionis suæ debuerat, Fuit quæsitum, an vigore illius conventionis, interesse juxta Cambium Francofordiense jure petere possit. (a)

Ad hanc quæstionem respondere, non tàm difficile est, quàm propter corruptos hujus seculi mores odiosum. Plerique enim nimia acquirendi cupiditate ducti, in eam devenerunt opinionem, ut existiment mercatoribus, utpote quotidiano quæstui assuetis, passim licere ratione pecuniæ mutuo datæ, vel alioqui debitæ, Interesse secundum rationem Cambiorum exigere. Ut proinde qui huic inveteratæ opinioni adversari, eamq; justis rationibus improbare vellet, multorum in se tela concitaret.

1 Sed † quia ad Jurisconsulti officium maximè pertinet, omnes suas actiones ad veritatem dirigere, eamque unicè colere, *l. fin. in fin. de appellat. l. etsi cognitio c. si contra jus vel utilitat. public. l. cum ita ubi not. Bald. de condit. & demonstrat.* usque eò, ut veritatis defendendæ & retinendæ gratia licitè in reprehensionem vocet minor majorem, *l. potioris C. de offic. Rector. provinc.* discipulus præceptorem, *Aristotel. lib. 1. Ethicorum cap. 6.* Imò etiam filius patrem, *l. 3. §. si quis quasi statu liber. de condict. caus. dat. Alex. in l. Gallus §. idem credendum nu. 17. de liber. & posthum.* Neque sanè injuria, cum veritas sit basis & fundamentum justitiæ, qua virtute nulla præclarior, ut ait *Bald. consil. 343. col. 2. circa med. lib. 1.* quem refert *Cravetta consil 6. numer. 27.* Et eandem matrem justitiæ appellat *Bald. in l. libertini de statu homin. & in l. Æmilius de minor.* quem refert. *Thom. Grammat. voto. 32. nu. 10.* Ideo nos nulla vel odij, vel favoris habita ratione veritatem solam sectabimur, & quid in proposita quæstione maximè verum sit, sedulò investigabimus. Quod ut eo commodiùs à nobis fiat consentaneum est, ut utriusq; sententiæ argumenta recensendo, ea diligenter examinemus.

Hanc † enim viam ad veritatem inquirendam & eruendam expeditissimam esse non Philosophis solùm placuit, ut apparet ex verbis Ciceronis *in 1. de Orator.* Et in secunda Tusculan. sed & juris nostri Interpretes passim fatentur, ut *argument. c. quærenti de offic. deleg. & c. super literis de rescript. & c. Capellanus de feriis & c. literas de restit. spoliat.* docet *Abb. in d. c. quærenti. not. 1. Christoph. Portius in §. singularum, Inst. de rer. divis. Bartol. in l. 2. ad Senatusconsultum Velleian. Bald. in proœm. decretal.* cui illud quoque conveniens est quod Bal. dicere solitus est, Ferro viam aperit, qui transit per contraria, *Bald. in l. cum precip. col. 2. num. 13. C. de impuber. & aliis subst:* quod dictum sæpius usurpatur ab Interpretibus & post alios refert & commen- 2

commendat viam *Soc.jun. consil.189. numer.1. libr.1.* Ideoque eodem in utramque partem disputandi modo Legislatores ipsos dubias facti quæstiones examinasse atque discutere solitos fuisse, videmus *ex l. 3. §. sed utrum de minor. l. quinquaginta de probat. l. hæredes mei §. cum ita ad Trebellian. l. naturalem, §.1. de acquir. rer. domin.* Et de Herennio Modestino idem refert Arcadius *in l. fin. §. mixta de muneri. & honor.* Cum multis alijs in hanc sententiam allegatis per Pacem Scalam. *libr. 3. de consil. sapient. cap. 21.*

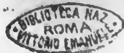
Quibus ita præfationis loco præmissis pro sententia affirmativa considerari primò potest.

3 Quod † regulariter jure nostro non solùm civili, sed & Canonico permissum est certam pecuniæ summam mercatoribus ita committere, ut inde aliqua lucri pars ad committentem redeat, ut probatur *in cap. per vestras de donat. inter vir. & uxor.* ubi Pontifex rescribit, dotem alicui mercatori ita committi posse, ut de parte honesti lucri vir onera matrimonij sustentare queat. Ex quo not. Antonius de Butrio Cardinal. & Abb. ibi & post eos etiam Johan. Lup. §. sexto, cum dicit textus, quod non solùm ratione dotis, sed etiam generaliter ex pecunia deposita apud mercatorem licitè possit capi pars lucri, & quod adeo ex industria alterius ratione pecuniæ collatæ lucrum percipere liceat, existimantes textum illum ad hoc esse singularem, neque alibi reperiri in jure Canonico. Idem etiam de jure civili locum habere extra omnem controversiam positum est, ut dilucidè apparet *ex §. apud Julian. l. si remunerandi ff. mandat. l. si non fuerit, §. ita coiri, l. cum duobus § si in cocunda, & l. si societatem mecum. ff. pro socio, l. 1. C. eod. tit.* Idque in proposito hac etiam ratione magis procedit, quia is qui pecuniam contulit, inde lucrum aliquod percepturus, veluti unus ex sociis pro lucro acquirendo suas etiam operas præstat, & pecuniæ collatæ periculum pro duabus, quæ ad ipsum spectant, societatis partibus sustinet.

Nam † quod ratione operarum & etiam periculi ex pecunia collata, absque ulla sinistra usurarum suspicione lucrum jure percipere liceat, docet *glos. in c. plerique XIV. quæst. 3.* in verbo Negotiatoribus, ubi ait quando periculum spectat ad utrunque, dum liceat mercatori dare pecuniam, & inde partem lucri percipere. Et multis argumentis ostendunt interpretes, *in d. c. per vestras, & in d. l. 1. ubi Bald. Salicet. & cæteri, C. pro socio, Jason. consil. 33. volum. 3. Roman. consil. 475. num. 7. Paul. de Castr. consil. 114. vol. 2.* ex quo generaliter dixit *Cravetta consil. 145. nu. 5.* quod susceptio periculi usurarum suspicionem tollat. 4

Secundò † hanc opinionem probat, quod etsi alioqui ea, qua sorti accedunt, usurarum nomine censeantur, id tamen potissimùm in contractu mutui, qui sua natura usuras respicit, locum habet, non autem in cæteris contractibus, quibus lucrum quærere concessum est, ut not. Interpretes *in rubr. ex. de usur. Henricus Boic. & cæteri moderni in c. in civitate de usuris.* Idque tàm Theologos quàm Jurisconsultos admittere, ait *Alberic. in l. jubemus col. 4. C. de Sacros. Eccles. Decius in l. 2 §. creditum in 3. notab. si cert. petat. Abb consil. 62. circa fin. lib. 1. Corneus consil. 44. litera N. vol. 2. Julius Clarus lib 5 sententiar. §. usuras in princip. Bursatus consil. 117. num. 5.* præsertim verò in contractu societatis absque usurarum suspicione de lucro pacisci licet, quippe cum societas vel maximè ob commodiorem usum & uberiorem quæstum contrahatur, prout eam definit *Azo in summa C. pro socio, & glos. in rubric. Instit. eod. tit.* Et probatur *in l. coiri societatem, ibi.* quæ ex quæstu veniunt, *Et in l. sed etsi adjiciatur, & in l. si non fuerint, §. ita coiri, l. si margaritam pro socio.* 5

In



In proposito verò ex verbis instrumenti manifestè constat, inter mercatores hosce societatem contractam esse, & quod adeò hoc casu non de mutuo, sed potiùs de pacto inter socios convento agatur. Non igitur lucrum, quod ad alterum sociorum inde pervenit, pro usura quæ in mutuo potissimùm consideratur, æstimandum, sed magis pro quæstu reputandum, quem cuivis sociorum ex societatis contractu capere licet.

6 Nam † ad judicandum contractum usurarium in foro contentioso debet inspici forma contractus, *c. in civitate de usur. Abb. consil. 15. in fin. consil. 49. col. 2. vol. 1.*

7 Qualis † autem forma sit contractus, potissimùm ex tenore verborum cognoscitur, *l. ad probationem, C. de probat. l. si quis stipulatus §. Chrysogonus de verbor. obligat. l. fin. ibi. tenor. stipulationis inspicitur, C. communia utrisque judic.* Et talis est judicandus contractus, qualis apparet in sui prima figura, *Bartolus in l. eotem. § qui maximos, in 5. quæstio. de public. Bald. in c. 1. post princip. & ibi etiam Præposit. col. 1. vers. Ex quibus omnibus de feud. dato invicem, l. commiss. per l. cum precibus C. de fide instrum. Alexand. consil. 3. num. 1. vol. 1 Socin. consil. 90. col. 3. vers. Ex quibus sine hæsitatione volum. 3. Decius cons. 208. col. 2. vers. postremò, & cons. 468. col. 2. vers. Et ex his patet. Curt. jun. cons. 53. in pr. Hieronym. Grat. consil. 107. nu. 7. vol. 1. cum aliis in hanc sententiam adductis per Tiraquell. de retract. lib. 1. §. 30. glos. 1. nu. 7. & 8.* Quare cum in proposito contrahentes expressè societatem inierint, secundum hanc contractus formam, pactum de quo agimus, pro licito potiùs, quàm pro usurario æstimandum erit, *arg. ejus, quod docet glos. communiter approbata in d. c. plerique,* ubi distinguendo inter mutuum & societatem concludit, quod si societas contracta esset, tum de lucro pecuniæ collatæ contrahentes rectè convenire potuissent. Hac etiam ratione contractum ab usurarum suspicione liberat, *Abb. d. cons. 15. & d. consil. 49. libr. 1.* ubi ait, quod standum sit formæ contractus, donec usura probetur. Et ex eo quod contrahentes de locatione convenerant, infert lucrum ex illo contractu descendens, minimè pro usura reputandum, quoniam, inquit, ad judicandum contractum usurarium inspici debet forma contractus, *Alexand. consil. 191. in fin. vol. 2.* ubi pluribus ostendit valere pactum, quo debitores promiserant creditori tantum solvere, quantum is ratione pecuniæ debitę, alteri, à quo eam interim acceperat, solverat, inter alias hanc rationem afferens, quia cum probatum fuerit, initum fuisse contractum societatis, non debet intelligi, quod pactum istud in fine annexum sit contractus mutui, quia contineret usuram & actum illicitum & adversaretur præcedentibus, idem secutus est, *Jas. d. consil. 33. volum. 3.* Ubi ex eo, quod societas inita fuerat inter contrahentes, colligit, contractum illum ratione lucri inde provenientis minimè pro usurario habendum esse, *Paris. cons. 77. num. 45. vol. 3. & latè Cravetta consil. 145.* Ubi multis argumentis ostendit, propterea quia non mutuum sed locatio contracta fuerat, usurarum suspicionem omninò cessare, *Item Bursat. d. consil. 117. num. 5. & 10.* Neque lanè injuria, quoniam usura non dicitur, quoties disponitur super eo, quod de jure communi conceditur, *l. Graccbus C. de adulter. c. qui peccat, 23. quæst. 4. cum similib. adductis per Cravett. d. consil. 145. num. 4.*

Tertiò hanc sententiam confirmat, quoniam ex verbis instrumenti apparet, Cambium Francofurdense de eo, quod ultra sortem ad societatem collatum est, persolvendum, tantum ratione Interesse fuisse promissum, idque hoc etiam nomine à mercatore jam exigitur. Quin autem Interesse sine usurarum suspicione petere, & de præstando jure etiam convenire liceat, non

non videtur ambigendum. Nam
8 † ubicunque aliquid percipitur ratione Interesse, non committitur usura, *l. atqui natura §. non tantum de negoc. gest. l. societas, pro socio l. in contrarium in princip. de usuris*, *ubi Bald.* illam legem summat, quod usuræ ex mora veniunt velut iteresse, *not. glos. communiter approbata in cap. conquestus de usuris Abb. in cap. fin. in fin. eod. tit. quem sequuntur Interpretes ibi. Et Johannes Lupus in d. c. per vestras, §. sexto, cum dicit textus num. 5. col. 4.* Idque non solùm procedit, quoad interesse damni emergentis, hujus enim exactionẽ omni jure permissam esse, extra omnem controversiam positum est, *c. conquestus ubi glos. & Dd. c. salubriter cum ibi not. de usuris, not. glos. in cap. pervenit in verbo. indemnem, de fidejussor. & in l. Si mandato meo l. si fidejussor. mandati not. Dd. in l. 3. § fin. de eo quod certo loco, & in l. curabit, Cod. de action. empt. Bald. in authent. ad hæc quæst. penultim. Cod. de usuris, & in l. cum allegas, in fin. cap. eod. tit.* Ubi post glos. quam notabilem reputat, ait, quod in quocunque contractu de mundo potest jure peti usura, quatenus interest, *Alexand. consil. 221. volum. 2. & consil. 31. numer. 9. & consil. 200. volum. 6.* Sed idem etiam obtinet in Interesse lucri cessantis, *d. l. 3. §. fin. ubi hoc not. Dd. de eo quod certo loco.* Idque etiam de jure Canonico procedere, docet *Innocent. in cap. scire de sent. excommunicat. Abb. in cap. cum venerabilis num. 17. Et ibi Felinus num. 7. de except. & in d. cap. conquestus in fin. de usuris.* Præsertim cum hîc versemur inter mercatores negotiari solitos. Nam quod hoc casu Interesse lucri cessantis omninò ratio haberi debeat, à plerisque traditum & communi Interpretum calculo receptum est, *Bartol. in l. 1. numer. 25. & ibi post alios latè Cagnolus num 37. C. de sentent. quæ pro eo quod interest.* ubi Cagnolus ait, quod hæc conclusio procedat omni jure humano & divino, & sit canonizata in Scholis & in Palatijs, *Bald. & Salicet. authent. Ad hæc Abb. consil. 66. col. 4. lib. 1. & consil. 39. in fin. vol. 2. Petrus de Anchoran. consil. 150. Alexand. consil. 197. numer. 5. volum. 2. & consil. 31. volum. 6. Barbat. consil. 15. numer. 9. volum. 1. Corneus consil. 44. litera K. vol. 2. Socin. consil. 2. in fin.* ubi ait, sæpiùs se ita consuluisse in curia Ecclesiastica, *& consil. 156. col. 3. Decius consil. 111. numer. 5.* Et quamvis alioqui interesse regulariter probari debeant, *l. quatenus de reg. jur. cum simil.* Tamen de hoc in proposito non admodum laborandum videtur, sive de interesse damni emergentis, sive etiam lucri cessantis agamus.

Nam cum passim inter mercatores jam usitatum sit, ut ratione pecuniæ ipsis debitæ Cambium Francofurdense stipulentur, atque exigant, non dubitandum est, quin is de quo in proposito verba facimus, docere possit, se alijs interim donec pecunia illa caruit, cambium illud persolvisse, quo probato etiam de interesse damni emergentis satis constare videtur.

Nam † etiam usuræ, quas quis 9
alijs interim ideo solvit, quia pecunia sua caruit, tanquam interesse jure repeti possunt, *ut docet Innoc. & Abb. in c. 1. in fin. de usuris, not. glos. & Dd. in c. dilecti de foro competent. & in c. pervenit. de fidejuss. Petrus de Anchoran. consil. 376. Ludovic. Roman. consil. 94. numer. 1. & cons. 101. Johan. Lup. d. c. per vestras §. Tertiò infertur.*

Ex quo etiam communiter receptum est, si scholaris, qui alijs sub fœnore debet, mutuò dederit alicui pecuniam, quod jure stipulari possit usuras illas, quas alteri solvit, quasi ex hoc ipso, quod alijs persolvit usuras, de interesse satis appareat, *ut not. Archidiacon. XIV. qua III. c. usura Johan. Calder. Petrus de Anchoran. & Cardinal. Florent. in c. naviganti de usuris, Petrus de Anchoran. in c. peccati 9 quæstio. de reg. jur. in 6. Laurentius de Rudolphis in repetit. c. consuluit 24. quæstion. de usuris*

usuris, refert & sequitur. Alex. consil. 221. vol. 1. Non enim hoc casu necesse est exactè probare, quod quis damnum non fuisset passus, si pecuniam habuisset, sed eo ipso quod constat de damno videlicet, quod alteri tantundem persolvit, præsumitur, quod illud non incurrisset, si pecuniam suam habuisset, *ut docet Ruinus consil. 104. num. 8. volum. 4.* Eadem etiam ratione non difficile videtur probare interesse lucri cessantis, cum ut dictum est, mercatores passim pecunias sub Cambio Francofurdensi recipere soleant, atque adeo si pecuniam illam habuisset mercator, facilè alios, qui sibi totidem inde persolvissent, reperire, atque adeò Cambium lucrifacere potuisset. Nam sicut regulariter sufficit, probationem concludere à communiter accidentib. *ut not. Dd. in l. neque natales C. de probat. & in l. non hoc, C. unde legit.*

10 Ita † vel maximè interesse à solitis & consuetis, quæ plerunque fiunt, probari poterit, quippe cum illud etiam solis conjecturis doceri possit, *ut post gloss. communiter approbatam, docent Bartol. Bald. & Jason. in d. l. 3. §. fin. de eo quod cert. loco Aretin. in l. continuus §. cum ita de verbor. obligat. Alexand. consil. 141. vol. 1. cum similibus adductis per Cagnolum in d. l. unica, num. 41. C. de sentent. quæ pro eo quod interest.*

11 Idque † potissimùm procedit in mercatoribus, quos non verisimile est, pecuniam sterilem diu in cista retinere, sed magis lucris inhiare, *Johan. de Platea in l. neminem, C. de superexactor. lib. X. Abb. consil. 64. vers. Item ipsimet arbitri ibi.* Et verisimiliter credendum est, *vol. 1. Ruinus d. consil. 104. nu. 7. vol. 4.* Præterea mercator iste, de quo nunc agimus, non solùm hanc negotiationem, cujus gratia societatem cum altero contraxerat, sed & alias merces habuit, in quas utiliter pecuniam istam collocare, & lucrum inde quærere potuisset, ut proinde vel hoc respectu facilior in proposito sit lucri cessantis probatio, & quod consequens est, ratione hujus lucri ultra sortem certam quid stipulari potuerit, quippe cum pacisci liceat, se indemnem servari, tàm in lucro quàm in damno, *ut docet Hostiens. in c. salubriter & ibi. Abb. numer. 3. idem Abb. in d. c. conquestus col. pen. & ibi Anan. num. 16. de usuris, Roman. consil. 517. Alex. consil. 228. lib. 2.* Et hoc maxima æquitate, frequentiore calculo receptum esse ait, *Didacus lib. 3. variar. resolut. cap. 4.*

Quartò hisce suffragatur, quoniam in proposita facti specie ratione pecuniæ in societatem collatæ Cambium fuit promissum.

Nam † quod Cambia inter mercatores licita sint & ab iisdem citra usurarum suspicionem exigi possint, modò generalem consuetudinem mercatorum non excedant, *not. gloss. & ibi. Bald. & Salicet. in l. 3. Cod. de exercit. Bald. in rubri. de constitut. pecun. in princip. & in rubric. de usur. rei. judic. Salicet. authent. ad hæc in XI. quæst. C. de usuris, Laurentius de Rudolph. d. c. consuluit 2. part. 1. quæst. Conrad. tractat. de contract. quæstio. 89. Guid. Pap. tractat. de usuris, nu. 21. Jas. l. 1. in electur. num. 64. & secunda nu. 39. C. de summ. Trinit. & fid. Cathol.* (b) Et si quis contra objiceret, Cambia tantum ratione periculi permissa esse, nullum verò hoc casu, quo quis mercatori ita pecuniam committit, ut unà cum sorte lucrum inde percipiat, subesse periculum. Huic etiam non præter rationem responderi posset, consideratis hujus egentissimi seculi moribus, non absque magno periculo esse eum, qui ad negotiationem pecuniam suam confert & mercatori committit, cum rem ipsam authorem habeamus, quàm varijs fortunæ casibus negotiationes hisce temporib. sint subjectæ, & quam facilè mutata fortuna, Irus fit, qui modò Crœsus erat, atque adeò quantum sortis suæ periculum subeat, qui ipsi pecuniam credit. Præsertim cum mercatores pecuniam invicem credentes non solcant 12 (b)

leant eo nomine pignoribus, vel fidejussoribus cavere, sed alter alterius nudam promissionem sequi. Ex quo sæpiùs contingit, ut si unus facultatibus labatur, multi sortem ipsi commissam penitùs amittant. Nam vel hujus dubij eventus ratione citra alterius periculi rationem Cambia ipsis permissa videntur. Ut interim omittam ad eum, qui pecuniam suam contulerat pro duabus partibus, quas in societate habuit, periculum ejus pertinuisse, prout supra in primo argumento diximus.

13 Quintò † hisce omnibus adminiculatur etiam inveterata harum provinciarum consuetudo. Longissimo enim usu inter mercatores receptum est, ut ratione pecuniæ ipsis creditæ Cambium Francofurdense persolvant, & vicissim à debitoribus suis totidem accipiant, & hoc ipsis jure licere vulgò existimatur passimque frequentatur. Quare contractus secundum hanc consuetudinem celebratus pro licito potius, quàm usurario judicandus erit. Cum regulariter faciens id, quod in loco aliquo fieri consuevit, excusetur *l. si pignori. §. fin. ubi not. Bartol. de pignor. action. l. pignus C. eod. tit. l. quis sit fugitivus § apud Labeonem de ædil. edict. l. 3. ad SC. Macedon. Paul. de Castro. consil. 423. col. penultim. lib 1. Anchoran. consil. 341. Johan. de Anani. consil. 31. col. fin. vers. præterea ut in facto. Corneus consil. 188. col. 3. vers. Nec etiam obstat, quod plures volu. 2. Hippolyt. de Marsil. consil 90. num. 8. & sequitur Cravetta consil. 8. numer. 22.* Et in specie, quod in statuendo modo usurarum mos atque consuetudo regionis consideranda & tenenda sit, probat *text. in l. quid ergo, §. 1. ff. Cum usur quæ in regione servantur de contrar. & util. actio. tutel. l. 1. in fin. ibi usurarum modus ex more regionis de usur. l. & in contrario ibi. Eas tamen quæ in regione frequentantur eod. tit. & in l. tutor qui repertorium §. sed et si negavit ibi secundum morem provinciæ præstabit usuras, de administrat. tutor. l. Idemq; §. 1. mandati l. apud Julianum §. in usurarum de leg. 1.*

Quinimò quod contractus, qui alioqui usurariam pravitatem saperet, tamen non usurarius, sed magis licitus reputandus sit, si communiter frequentetur & usurpetur, docet *Bartolus in d. l. quis sit fugitivus, §. apud Labeonem de ædil. edict. quem sequitur Salicetus ibi & Baldus in l. unica in 3. quæstion. C. de his quæ pæn. nom. Jas. in l. 1. col. antepenult. nu 62. vers. Quartò quæro C de summ. Trinitat. & fid. Catholic. Decius in l. 1. num. 17. vers. Sed certè ista conclusio C. de edendo.* Et consulendo idem tenuerunt *Oldrad. consil. 207. in fin.* ubi ait, Corroborat contractum & ab omni specie illiciti reddit alienum ipsius regni consuetudo, secundum quam talis contractus continuò celebratur, *Veronens. consil. 13. Abb. consil. 15. vers. Quod ultra vol. 1. Jason. cons. 78. col. 3. vol. 2. & consil. 153. Septimo fundamento vol. 4. Decius consil 170. col. 3. ad fin. Stephan. Bertrand. consil. 1. col. 2. in fin. lib. 2. Cravetta consil. 6. num. 3. & cons. 145 numer. 12. Natta consil. 586. numer. 9. volum. 3. Beroüs consil. 167. numer. 9. volum. 1. Alexand. de Nevo consil. 95. numer. 19. Cephalus consil. 237. nu. 28. volum. 2. Roland. à Vall. consil. 75. num. 42. volum. 1.*

Sextò pro comprobatione hujus opinionis considerari potest, quod eventus etiamnum dubius est, utrum pactum istud, de quo verba facimus, magis in detrimentum ejus, qui pecuniam ad societatem contulit, quàm in commodum cedat. Nisi enim ita esset conventum, tum ad eum qui pecuniam hanc contulit, lucrum inde quæsitum pro rata pecuniæ collatæ pertineret, *l. si non fuerit ibi. si non plus l. si societatem mecum coieris, l. quid enim pro socio not. glos. & ibi Dd. in §. 1. Instit. eod tit. Bartol. Bald. & Dd. in l. 1. C. eod. tit. cum similibus.* Sed facilè posset contingere, quod socij prospera utentes fortuna, tantum lucri facerent, ut de lucro illo, si secundum naturam societatis

divideretur, pro rata pecuniæ collatæ, multò plus ad conferentem spectaret, quàm secundum rationem Cambij Francofordensis alioqui perciperet, quo casu ex pacto illo damnum potiùs quàm lucrum sentiret, Ut proinde ratione hujus eventus dubij incertum sit, utrum istud quod vigore illius pacti ultra sortem percipitur, pro lucro vel damno sit habendum, non igitur pactum istud, ratione ejus quod sorti accedit, usurarium censeri poterit.

14 Nam † regulariter quotiescunque à futuro eventu dependet, utrum in lucrum vel damnum aliquid redundare possit, lucrum inde proveniens in considerationem non venit, *& contrà l.1. C. de pactis l. de fideicommisso C. de transact. l. si ea lege C. de usufruct. l. si pater puellæ, ubi hoc not. Bartol. & Dd. C. de inoffic. testament.*

Et in specie quando ex conventione quis potest consequi damnum & lucrum, quod tum lucrum inde proveniens licitum sit, & quod adeò dubius ille eventus suspicionem & crimen ipsum usuræ tollat, probatur *c. in civitate, ibi. nisi dubium sit, & c. naviganti, & c. fin. ibi. ratione hujus dubij de usuris, not. Bald. & Dd. in l. si ea pactione C. eod. tit. Johan. Andr. in addit. ad Speculat. in rubric. de usuris, Laurentius de Rudolphis c. consuluit is, q. de usuris Oldradus consf. 208. Roman. consil. 238. num 9. Et consil. 302. num. 3.* ubi ait, Quod incertitudo causat tollerantiam contractus, *Decius consil 111. num. 10.* ubi ait, quod quando pactum potest se trahere ad lucrum & damnum, propter dubium eventum suspicio removetur, & contractus licitus reputatur. Et pro majori confirmatione hujus argumenti possent huc etiam accommodari ea, quæ supra de periculo ejusmodi negotiationum commemoravimus. Nam & ex ijs præter ea, quæ jam diximus, satis apparet, lucrum istud penitùs à dubio eventu dependere.

Accedit hisce septimò, quod propter pactum istud, de quo controvertitur, ad alterum sociorum portio etiam lucri ex pecunia collata quæsiti spectat, quæ alioqui ad solum conferentem, juxta naturam societatis pertinuisset. Nam vel hac ratione minus justam conquerendi causam habet, cur alteri Interesse juxta Cambium Francofurdense persolvatur, cum nisi hoc faceret, lucri, quod ex illa pecunia proveniret, non esset particeps, sed alter id totum perciperet. Atque ex hoc etiam evidens est, Cambium hoc in præsenti casu persolvi in compensationem lucri, tum ejus quod alioqui ad eum qui pecuniam contulerat pertineret. Tum etiam illius lucri, quod alter sociorum indebitè ex pecunia ista percipit. Non igitur pactum istud inter contractus usurarios referri posse videtur. Cum regulariter jure naturæ æquum sit, ne quis cum jactura alterius locupletetur, *l. nam hoc natura de condict. indebit.* ex quo etiam † usuræ commodi percepti 15 recompensativæ, ut vocant, omni jure permissæ sunt, *l. cu abit ubi hoc not. Dd. & Cagnol. n. 7. C. de act. empt. Bald. & Dd. in l. 2. C de usuris, Socin. consil. 133. col. 1. vers. sed ad hanc responsionem, & consf. 176. col. 2. Gozad. consf. 55. & sensit etiam Abb. consf. 64. col. 4. vers. Item ipsimet arbitr. vol. 1.* ubi ait, quem non conqueri posse, cur Interesse solvere debeat, quando ex illa pecunia lucrum percipit.

Octavò adminiculatur hisce, quod pactum istud non unum tantum sociorum attingit, sed reciprocum atque vicissitudinarium est, atque de eo tum temporis fuit conventum, quando nondum constabat, uter sociorum plus altero esset ultra portionem debitam ad societatem collaturus. Nam etiam hæc præsentis facti qualitas non parum momenti habet, ad tollendam usurarum suspicionem, cum † regulariter ejusmodi contractus non censeatur lucrativus, cujus-

cujusmodi sunt usuræ, (quæ definiuntur esse lucrum,) sed potiùs quædam permutatio vel compensatio, *ut not. glos. in l. quod autem §. si vir & uxor. de donat. inter vir. & uxor.* Ideoque etiam ubi simplicia pacta propter lucrum improbantur, tamen propter vicissitudinariam & reciprocam hinc inde relationem ac compensationem sustinentur, *ut per text. in d. §. si vir. & uxor. not. Bald. in §. si maritus d. l. Quod autem, & sequitur Romanus consil. 146. & consil. 517. col. penultim. Barbat. consil. 60. col. 17. vers. præterea quotiescunque lib. III. Alex. consil. 217. volum. sexto. Hippolyt. Marsil. consil. 106. col. 4.* Ubi post multa in hanc sententiam adducta etiam *numer. 8.* inde refert ad pactum usurarium, quod istud siquidem reciprocum & vicissitudinarium fuerit subsistat, ut docent *Baldus, Salicetus, Jason. & Dd. in l. petens Cod. de pactis.* Præsertim verò, quando propter illam vicissitudinem, à dubio eventu dependet, uter contrahentium lucrum vel damnum inde consequi posset. In ejusmodi enim casibus, neque lucrum neq; damnum deinceps ad alterutrum ipsorum redundans in considerationem venit, sed damnum, quod quis ex eventu patitur, compensari debet cum utilitate, quam ipse consequi poterat, si eventus aliter cecidisset, *ut not. Salicetus, Paul. de Castro. Jas. & Dd. in l. si pater puellæ Cod. de inofficios. testament. & in l. 1. Cod. de pactis.* Neque sanè injuria, cum neutra pars lædi intelligatur, ubi utrinque est idem onus, & eadem est ratio lucri & damni, *l. de fideicommiss. ubi Castren. Cod. de transact. cum multis aliis in hanc sententiam congestis per Tiraquell. in l. si unquam in verbo donatione largitus num. 94. & seqq. & num. 110. & num. 112.* Ubi inde etiam tandem infert, ejusmodi dubium eventum tollere suspicionem & ipsum crimen usurarum.

Denique nonò, si ultra rationes hactenus adductas aliquod etiamnum subesset dubium, utrum pactum istud licitum, an verò usurarium sit, tamen in eam sententiam esset accipiendum, ut potiùs jure subsistat, quàm tanquam usurarium † improbetur, cum in dubio contractus non debeat judicari usurarius, *ut per text. in l. si ea pactione, Cod. de usuris. docet Bald. in l. rogasti. §. si tibi in fin. & ibi Decius col. fin. si certum petat. quod sequitur Jason. in l. 1. col. 5. vers. Tertiò, multum not. Cod. de servis fugit. Paul. de Castro consil. 261. in princip. lib. 2. Alexand. consil. 221. numer. 6. & consil. 191. in fine, volum. 2. & cons. 200. numer. tertio. volum. sexto, Jason. consil. 33. col. secundo, volum. tertio, & cons. 153. vers. octavo & ultimo facit, volum. quarto, Gozad. cons. 55. numer. 13. Cravetta cons. 145. numer. 2.* 12

Nam sicut dolus & fraus vel aliud delictum in dubio non præsumitur, *l. meritò ff. pro socio, l. quoties § qui dolo de probat. l. si prætor. §. Marcellus de judic.* Ita nec etiam contractus fraudulentus præsumitur, *l. sed si maritus §. sed si constante, Qui & à quibus, l. quamvis & ibi. glos. & Bartol. C. si quis alteri vel sibi, Socin. cons. 83. lib. 3. Jason. cons. 170. col. 4. ad fin.* Ex quo Bald. præclarè scriptum reliquit *in rubric. ex. de offic. judic. col. 4. vers. ad officium*, quod ad officium judicis pertineat interpretari contractum in æquiorem partem, *l. si socius pro filia, ff. pro socio*, quia, *inquit*, Omnis contractus præsumitur celebrari bona mente, id est, bono studio & absque fraude præsertim usurarum.

Et hæc est nobilis præsumtio, *d. l. meritò pro socio*, quod refert, & multis alijs doctrinis Interpretum exornat *Tiraquell. de Retract. consuetud. in fin. numer. 128.*

Id quod decimò in proposito vel ideo magis locum habet quia verisimile est socios eam ob causam ita convenisse, ne cuilibet sociorum integrum sit, plus pecuniæ conferrendo ad societatem portionem suam augere, atque hac ratione omne lucrum societatis pro rata portionis dividendum ad se

 pertra-

pertrahere. Nam cum hoc iniquum esset, ideò convenerunt, ut is qui ultra portionem debitam aliquid contulit, Cambio Francofurdensi contentus esse cogatur, neque majus lucrum inde expectare possit. Tantum igitur abest, ut pacto isto lucrum aliquod inhonestum quæratur, ut etiam hoc ipso maximè iniquitas evitetur. Quare vel propter hanc contrahentium mentem atque intentionem pactum hoc pro licito magis quàm usurario reputandum erit.

18 Nam † semper actus judicatur à principali intentione agentium, *l. si quis nec causam in princ. ubi Bald. Jason. & Dd. & l. rogasti in princ. si cert. petatur, l. qui exceptionem in princip. de condit. indebit. l. si quis donationis de contrahend. empt.* Et ad dignoscendum, utrum licitè an verò minus justè quid gestum sit, voluntas & propositum agentis potissimùm consideratur, *l. verum est, l. qui injuria in princ. ff. de furt. l. 1. C. ad l. Corneliam de sicar.* quippe cum delicta sine animo delinquendi non committantur, *ut probatur in l. si quis uxori. §. si quis Asinum ibi furti eum teneri, si furandi animum habuit de furt. & in §. quia tamen, ibi. qui eo animo rapuit, Institut. vi bon. rapt. l. si quis testamentum ibi si non animo furti faciendi, ad l. Aquil. Hippolyt. consil. 35. numer. 10. volum. 1.* Affectio enim operi nomen imponit, *l. si non convitij, C. de injur. per quem text. hoc dicit Hippolyt. consil. 26. numer. quarto, volum. 1.*

Et in specie quod in usurarum materia mens contrahentium sit præcipuè attendenda, & quod adeò præter eorum voluntatem usura non committatur, *probatur in c. consuluit ibi. eo proposito de usuris & sensit glos. ibi in verbo sperantes, quam post alios sequitur Didacus lib. 1. variar. resolut. c. fin. numer. 4.* Ideoque usuram voluntatem capiendi lucrum ultra sortem definit, *Idem libr. 2. variar. c. 1.*

Hæc ferè sunt, quibus pactum istud, de quo verba facimus, ab usurarum suspicione liberari atque fulciri posse videtur, quæ etsi aliquam veritatis speciem habeant, & ancipitem dubitandi rationem alicui afferant: Tamen apud me tanti non sunt, ut propterea huic opinioni ita generaliter adstipuler atque hoc ipso usurarum patrocinium suscipiam. Quin potiùs contrà existimo sæpedictam conventionem, nisi alia, de quibus in fine dicam, accesserint, tanquam usurariam jure minimè subsistere. Idque ut eo planius nobis cognitum fiat & magis elucescat veritas (quam in proposito ob latebras argumentis paulò ante adductis quæsitas, & opinionem vulgò conceptam in profundo vel obstruso demersam esse, rectè quis dixerit) quædam præmunienda erunt, priusquam rationes hujus nostræ sententiæ explicemus.

Primò † itaque sciendum usuras 19
non solùm naturali æquitatis rationi adversari, sed & quod maximum est, jure divino atque etiam jure humano, tam Canonico, quàm etiam jure civili canones imitante, gravissimis Statutis, pœnis esse prohibitas. Et cum hoc perspicuis in hanc rem citatis testimoniis multis in locis ab Interpretibus probetur, ideo ne aliena transcribendo paginas nostras adimpleamus, ista hîc recensere volumus, sed qui hujus rei longiorem probationem desiderat, videre poterit, quæ tradunt *Dd. in rubric ex. de usuris, & ibi latè Boerius nu. 74. & seqq. Abb. in c. cum sit, de foro competent. Jason. & Dd. in l. 1. C. de summa Trinit. & fid. Cathol. Bald. & Salicet. in authent. ad hac C. de usur. Alexand. consil. 49. volum. 4. Matth. de Afflict. in constit. regni lib. 1. rubric. 6. de usura in princ. & in §. usurarior. Hieron. Schurff. cons. 3. & cons. 50. cent. 2. & cons. 83. numer. 8. cent. 4. Strac. in tract. de mercator. p. 1. numer. 36. & novissimè Didacus libr. 3. variar. resolut. c. 1. & Cacheran. decis. Pedemont. decis. 137. (c)* Ex quibus locis etiam abundè (c)

appa-

apparet, quàm exosum & detestabile vitium hoc semper fuerit apud omnes bonos & honestos viros, & quantis diris & convitijs hi insectati illud fuerint. Et quod usuras exercere non minùs mercatoribus, quàm cæteris prohibitum sit, prout de his disertè loquitur *Stracca in d. loco.*

20 Secundò † præmittendum, usuram generaliter ab Interpretibus describi, ut omne illud, quod sorti sive verè sive fictè mutuo datæ ex pacto accedit, usurarum nomine veniat, *c. si fœneraveris, c. putant quidam, c. usura est, 14. quæst. 3. c. consuluit, de usuris*, ita per jura adducta usuram describunt, *Johan. Andreas in regul. peccatum col. 2. de reg. jur. lib. 6. Innocent. Cardinal. Abb. & Anan. in rubric. de usuris. Salicet. in rubr. C. eod. tit. Abb. consil. 39. col. penultim. volum. 2. Roman. consil. 520. Alex. consil. 141. num. 4. vol. 5. & consil. 31. num. 1. volum. 6.* Et licet *Didacus lib. 1. variar. resolut. cap. 1.* hanc definitionem impugnet, & rectè quidem meo judicio, si ad crimen sive delictum ipsum respiciamus, sed quia in proposito non tàm ipsum delictum in genere consideramus, quàm de hoc potissimùm agimus, utrum Cambium Francofurdense, quod ultra sortem persolvitur, usura rectè dici possit, Ideo nos contenti erimus generali illa & communiter recepta descriptione, modò sciamus, illud, quod ultra sortem datur, tum demum rectè usuram censeri, quando præter naturam legitimi contractus accedit sorti, ut apparebit ex ijs, quæ infra latiùs dicemus: Quale autem sit illud, quod sorte accedit, nihil refert. Nam etsi, ut inquit Divus Hieronymus, quidam putant, usuras tantum esse in pecunia, tamen divina scriptura hoc providens omnis rei aufert superabundantiam, ut plùs non recipias, quàm dedisti. Item alij pro pecunia fœnerata solent munusculum diversi generis accipere, & non intelligunt, scripturam usuram appellare & superabundantiam quicquid illud est, si ab eo quod dederint, plus reacceperint.

Hæc Divus Hieronymus relatus *in cap. putant. 14. quæstion. 3. cui suffragatur etiam Ambrosius relatus in seq. cap. plerique refugientes*, inquit, præcepta legis cum dederint pecuniam negotiatoribus non in pecunia usuras exigunt, sed de mercibus eorum tanquam usurarum emolumenta percipiunt. Ideò audiant quid lex dicat, neque inquit, usuram escarum accipias, neque omnium rerum. Item esca usura est, & vestis usura est, Item Divus Augustinus relatus *in d. c. si fœneraveris* ait, sive triticum sit, sive vinum, sive oleum, sive quod libet aliud. Si plus quam dedisti, expetes accipere, fœnerator æs.

Quinimò etsi saltem qualitatis ratione plus reddatur, quàm quis acceperat, usura est, ut docet *Abb. in cap. fin. in fin. de usur. Anchoran. in cap. 1. de usuris in sexto. Purpuratus in §. si tibi. l. rogasti, numer. 56. si certum petatur.* Sic etiam quando factum aliquod ultra sortem promittitur, usuræ vitium committitur, *d. cap. plerique in fin.* utpote si quis alteri pecuniam mutuo dederit hac lege, ut debitor justa soluta mercede ad ejus molendinum proprium triticum molendum ferat. Nam etsi hoc casu debitor nullum damnum sentire vedeatur, ex quo justam mercedem persolvit, tamen quia ratione mutui ultra sortem obligatur, in usuræ crimen incidit, ut docent *Johan. Calder. Anchoran. Cardinalis & Abb. col. penultim. Arian. num. 18. in cap. fin. de usur. Laurentius à Rudolphis in c. consuluit 2. part. quæstion. 38. Conrad. de contractibus quæstion. 30.* Et hanc sententiam veriorem & magis communem esse, testatur *Didacus libr. 3. variarum resolutionum cap. 2. num. 4. vers. Tertiò tamen*, asserens ibidem, omnium consensu acceptum esse, quod mutuans centum, non possit in pactum deducere, quod teneatur ei debitor totidem mutuo dare,

cum petierit. Hinc etiam ab interpretibus communiter traditum est, Doctorem, qui Studiosis mutuò dat pecuniam ea lege, ut se prælegentem audiant, usuram committere, *ut docet Johan. Andreas in d. c. peccatum de reg. jur. in 6. Abb. in c. naviganti de usuris, & in rubr. ejusdem tituli, ubi etiam latè Berous (d) num. 58. (d)*

21 Porrò † quemadmodum nihil refert, quale sit id, quod ultra sortem accedit: Ita nec etiam curatur, quo nomine ejusmodi accessio fuerit appellata, ut dilucidè probatur *ex d. c. plerique ibi quod velis ei nomen imponas. 14. quæstion. 3.* Ideò licet istud, quod ultra sortem prommittitur, nomine alimentorum vel ratione Interesse præstetur, non tamen propterea usurarum suspicio tollitur, *ut docet Petrus de Anchoran. consil. 150.* generaliter asserens, quicquid ultra sortem accedit, usuram esse quocunque pio vel blando vocabulo nuncupetur, quia inquit, effectum potiùs rei quàm verba sequi debemus, *c. plerique 14. quæstion. 3.* ut non sermoni res, sed rei sit sermo subjectus, *c. intelligentiam de verbor. significat. c. Marcion. & Basilides 1. quæstion. 1. quod refert & sequitur Alexand. consil. 27. numer. 9 volu. 4.* inter alia hanc afferens rationem, quoniam alioqui semper posset fieri pactio in fraudem usurarum, cui tamen fraudi obviandum esse jura docent, *c. quando de usuris l. cum hi, §. si prætor. de transactio.* Hoc etiam locum habet, licet ultra sortem etiam pœnæ nomine aliquid prommitteretur, ut multis ostendit *Alexand. consil. 49. volum. 4.* Idem juris esset, quando id, quod ultra sortem promittitur, Cambij nomine tegitur, docet *Roman. consil. 238.* ubi ait, quicquid sorti mutuo datæ accedit, usura est, quodcunque nomen accessioni imponatur, & consequenter etiamsi Cambium vocetur, *arg. text. in d. c. plerique, sequitur Alex. cons. 61. in fin. vol. 2. Decius consil. 116. num. 3. vers. Nec justificatur Hippolytus Riminald. consil. 218. vol. 2.*

Tertiò † observandum, quod etsi 22 usura regulariter in contractus mutui consideretur: Tamen nihilominus etiam in cæteris contractibus, ex quibus quis lucrum præter propriam ipsorum naturam expectat, usura committatur, propter malam contrahentis intentionem, & propositum lucri cum jactura alterius inhiantis, ut de contractu venditionis probatur, *in c. in civitate & in c. consuluit de usuris, & in c. ad vestram de emption. & vendit.* Et de contractu pignoris est textus *in c. illo vos de pignoribus.* Et idem esse in alijs contractibus tàm nominatis quàm etiam innominatis, latè prosequitur *Berous consil. 168. num. 12. vol. 1.* Nam etsi in his casibus, ad ipsa verba & formam contractus quod attinet, videatur celebrari emptio vel alius contractus legitimus, tamen propter malam creditoris intentionem præter naturam contractus lucrum quærentis, censetur is contractus ratione usurarum ad naturam mutui accedere, atque adeò ex hoc ipso mutuum tacitè contractum esse, quod hinc fictum sive præsumptum mutuum appellant Interpretes, *ut declarat Abb. in rubric. de usuris, & ibi etiam Berous num. 37. & in c. fin. num. 6. eod. tit. not. gloss. & Dd. in d. c. in civitate, & ibi Henricus Boi. k. Hostiensis in summ. de usuris in princ. Paul. de Castro, consil. 16. num. 1. vol 1. Federicus de Senis consil. fin. numer. 20.* qui hinc mutuum istud indirectum appellat, quem sequitur *Alex. de novo consil. 97. num. 19 Berous d. consil. 168. nu. 12. Natta consil. 670. num. 9. Cacheranus decision. Pedemont. 95. nu. 36. Menochius cons. 109. numer. 28. volum. 2. Hippolyt. Riminald. consil. 218. nu. 61. vol. 2.* quibus in locis generaliter concludunt, quod in quovis genere contractuum, qualitercunque verba ejus concepta fuerint, usura possit committi, ex depravata intentione contrahentium.

Et in specie de contractu societatis, quod etiam in illo usura com-

committatur, quando quis præter naturam ejus lucrum affectat, probatur *in d.c plerig. 14. quæst. 3. & not. Bald. & Dd. in l. 1. pro socio & Abb. in c. naviganti nu. 11. in fin. de usuris, Roman. consil. 238. Decius consil. 116. & alij mox adducendi.*

23 Quartò † quia contrahentes plerunque miris artibus fœnerandi propositum tegere solent, ita ut non facilè in delicto isto manifestè deprehendi & de usuraria pravitate convinci possint, ut ait *text. in clem. 1. § 1. de usur.* ideò sciendum est, solis conjecturis doceri posse contractum aliquem usurarium esse, etiamsi verba, quibus usi fuerunt contrahentes, refragentur *ut not. in c. ad nostram de emtio. & vendit. & in c. illo vos de pignor. & multis probat Paul. de Castro consil. 58. numer. 3. & consil. 109. vol. 2. Alex. consil. 46. vol. 3. Corneus consil. 23. col. 1. ad fin. & consil. 41. col. 2. circa med. libr. 3. cum multis aliis in hanc sententiam adductis à Cravetta consil. 73. num. 7.* Ubi post alios quos refert ait, duas conjecturas sufficere ad probandum contractum usurarium. Inter alias vero conjecturas quibus usura deprehenditur, ad propositam facti speciem hæ potissimùm notatu dignæ sunt.

24 Primò † quando periculum pecuniæ ex qua quis lucrum expectet, præter naturam contractus ad recipientem magis spectat quàm ad eum, qui pecuniam contulit. Nam hoc regulariter contractum de usuris suspectum reddit, *ut not. glos. in d. cap. plerig. XIV. quæst. 4. Baldus & Salicetus in l. 1. Cod. pro socio, & in auth. ad hac in quæstio. 14. Cod. de usuris Johan. Andreas & Abb. in c. navigantis in 3. quæst. ex eod tit. Petrus de Anchoran. in cap. peccatum vers Quinto quæro de regul. jur. in sexto, Angelus in §. de illa Instit de societat. Abb. consil. 114. vol. 2. Roman. consil. 168. & consil. 238. & consil. 520. numer. 5. Paul. de Castro. consil. 55. vol. 2. Alex. consil. 80. vol. 3. Bartol. Socin. consil. 265. Jas. consil. 174. volum. 2. Decius consil. 116. Johan. Marian. Riminald. consil. 61. vol. 1. Natta consil. 403. Berous consil. 168. numer 19. vo. 1.* Quibus locis de contractu societatis verba facientes, uno ore concludunt, quotiescunque alter sociorum ex pecunia collata lucrum ita expectat, ut nihilominus sors sibi integra sit, quod tum ejusmodi contractus ad naturam mutui accedens tanquam usurarius non subsistat.

Deinde † contractum usurarium potissimùm arguit, quando quis pro pecunia numerata certum lucrum certis anni temporibus persolvendum ita stipulatur, ut donec sors reddatur, interim lucrum istud terminis præfixis solvatur. Nam ex hoc ipso de usura manifestè apparere censetur, etiam in casibus, in quibus ultra sortem Interesse vel aliud quiddam præstandum esset. Hoc docet *Bald. in l. rogasti § si tibi in vers. Quid ergo si mutuo tibi decem si cert. petat.* ubi ait, si is qui mutuo accepit decem, promiserit ea restituere nundinis futuris, & hoc prætermisso in se receperit quindecim ratione Interesse persolvere, quod ejusmodi pactum tanquam in fraudem usurarum factum, non valeat, quod sequitur *Joh. Andr. in c. salubruer in princ. de usuris, Johan. de Anan in c fin col penultim. eod. tit. Laurent. de Rudolphis in c. consuluit q. 53. circ. fin. eod. tit. Felin. in c. venerabilis num. 9. & ibi etiam Decius de exception. Castrens. in l. insulam, §. usuras solut. matrim. Alberic. in l. 1. col. pen. C. de summ. Trinitat. Joh. Lup in c. per vestras § sextò cum dicit textus num. 7. Petrus de Anchoran. cons. 150. col. 2. Roman. cons. 520. num. 8.* Ubi ait, quod certa & uniformis præstatio continuè sorti accedens indicat potissimum contractum esse usurarium, *Alex. consil. 27. lib. 4. & consil. 220. vol. 2. Socin. consil. 130 col. 3. vers.* confirmo etiam hanc conclusionem, *vol. 4. Decius consil. 39. & consil. 110. & consil. 119. & consil. 183 num. 3. circa fin. & consil. 322. numer. 4. Hieron. Gratus cons. XI. numer. 30. vol. 2. Silvanus cons. 10. num. 46.* ubi hanc sententiam veram & magis communẽ 25

esse ait, *Natta cons. 417. num. 5. & cons. 586. num. 10.* ubi ait, quod quando solverentur decem annua pro centum, quod tum manifestè appareat usuram esse commissam, *Cravett. cons. 87. in fin. & cons. 189. num. 8.*

26 Idque † potissimùm locum habet, quando de lucro illo ratione sortis persolvēdo fuit conventum ante moram, *Aretin. cons. 9. Tertio dubio, & cons. 151. in secundo dubio, & cons. 156. in fin. Decius in c. cum venerabilis col. 6. de except. & cons. 116. ad fin. & cons. 119. col. 4. vers. in oppositum, & cons. 44. ad fin. Anton. Rub. Alex. cons. 20. col. 2. & cons. 65. Cravett. d. cons. 87. in fin. & cons. 320. num. 2. Nonnius cons. 82. num. 6. & alij in locis supra adductis.* Et quamvis multi existiment, quod etiam ante moram quis certum ratione lucri cessantis jure stipulari possit, ut infra videbimus; hi tamen omnes eo de casu loquuntur, quando lucrum illud cessans verè probatum fuit, prout in resolutione contrariorum pluribus ostendemus: Interim tamen non negent, quoties lucro priùs non probato ante moram quis certam quantitatem stipulatur, quin hoc ipsum usurarum suspicionem magis aggravet. Quinto quia in proposito de contractu societatis agimus, & usuræ crimen ex eo potissimùm deprehenditur, quando præter naturam alicujus contractus, quis lucrum aliquod affectet, ideò natura societatis diligenter erit consideranda.

27 Hic † autem contractus societatis utpote qui fraternitatis instar obtinet, *l. verum ff. pro socio*, vel maximè æqualitatem requirit, *l. 3. in fin. l. in proposita l. unde si Nerva ff. eod. l. 3. C. eod. tit.* quæ quidem æqualitas in eo potissimùm consistit, ut eadem sit ratio damni & lucri, & qui lucrum percipit, ad eundem etiam pari ratione damnum pertineat, *l. si non fuerint §. Aristo. ff. pro socio, dixi quæst. praced. numer. 2. & 30.* Hæc etiam æqualitatis ratio exigit, ut tàm lucrum quàm damnum pro rata portione, quam quisque sociorum contulit, inter ipsos dividatur, *l. si societatem mecum coieris, & in l. quid enim ff. pro socio not. glos. in d. l. si non fuerint, & in §. 1. Instit. eod. cum aliis quæst. praced. numer. 6. adductis.*

Præterea † ex hac æqualitatis ratione descendit, quod de lucro inter socios agi non possit prius, quàm omni damno deducto, & econtrà damnum non intelligatur, nisi omni lucro deducto, *ut ait Jurisconsultus in l. Mutius ff. pro socio §. de illa Instit. eod. tit.* Quotiescunq; igitur ea, de quibus socij pacti fuerunt, cum † hac æqualitatis norma pugnant, tum ea naturæ societatis minimè convenire, atque adeò ex hoc ipso pactum usuræ crimine laborare manifestum redditur, ut docet *Bald. in l. 1. 9. quæstione? Et ibi etiam Salicet. & Dd. C. pro socio, Paul. de Castro cons. 55. lib. 2. Roman. cons. 238. Abb. cons. 77. lib. 1. Alex. cons 80. lib. 3. Decius in l. si pascenda C. de pactis, & cons. 116. col. 1. in fin. & cons. 123. col. 2. Cravet. cons. 145. nu. 13. cum similibus superiore quæstione num. 2. cumulatis.* 28 29

Denique † ut ad negocium ipsum propius accedamus, sciendum, Cambium Francofurtense, de quo in proposito agimus, primò à mercatoribus pecuniam alibi acceptam Francofurti persolventibus, propter itineris periculum & jacturam, quem ex monetæ variæ æstimatione sentiunt jure quidem adinventum. (*e*) Deinde verò hoc idem in omni debito, sive id ex mutuo, sive ex alio contractu descendat, usurpatum esse, & hanc habere rationem, ut singulis nundinis non solùm Francofurtensibus sed & Lipsensibus & Naumburgensibus de singulis Joachimicis aliquot nummi à debitore persolvantur, qui, per anni spacium ad unam summam redacti, singulis annis in centum Joachimicos circiter duodecim cum dimidio, & quandoq; etiam plus conficiunt, solentque insuper huic lucro inhiantes addito Anatocismo non solùm in ipsam sortem, 30 (*e*)

sed &

ed & in lucrum istud, quod Cambij nomine sorti accedit, hoc Cambium iterum atq; iterum computare, donec debitum persolvatur. Ex quo sæpiùs fit, ut exigua quædam pecuniæ summa non ita longo temporis intervallo in maximam quantitatem accrescat. Id quod multis cum magna ipsorum jactura ipsa experientia docuit. His itaque præmunitis haud erit difficile propositam facti speciem dijudicare. Primò enim ponamus, non unum ex sociis, sed alium quempiam pecuniam mercatoribus hisce ad negociandum ea lege concessisse, ut ratione Interesse Cambium Francofurdense sibi inde persolveretur, certè hoc casu non arbitror aliquem futurum, qui asseverare audeat, eum, qui pecuniam hac ratione dat mercatori, usuram non committere. In casu enim isto verè hoc agitur, ut de pecunia mutuo data ultra sortem aliquid lucri quæratur, & plus quàm datum est accipiatur, quod usuræ proprium esse supra jam ostendimus. Præsertim cum non solùm ad eum qui pecuniam accipit, periculum ejus pertineat, is verò qui eam numeravit, omnis periculi sit expers, id quod ad naturam mutui proximè accedit, *l. mutuum, §. cum quid si certum. petat Roman. consil. 123.* sed insuper etiam ante moram de certo lucro ratione sortis percipiendo conventum sit, quod unicum contractum de usura suspectum reddere, supra abundè probavimus. Ut proinde non solùm omnes illæ conjecturæ, ex quibus usuram deprehendi diximus, huic casui conveniant, sed vel maximè ipsa usurarum descriptio, & propterea dubitandum non sit, quin si extra casum societatis versaremur, ejusmodi pactum tanquam usurarium minimè subsistat. Idque in terminis fortioribus disertè probatur *in d. c. plerique 14. quæst. 3.* Loquitur enim textus ibi de iis, qui pecuniam mercatoribus ita dant, ut non quidem de pecunia, sed de mercibus eorum emolumentum expectent, & tamen eos usuram committere ait: Interim verò casum illum, quando in pecunia lucrum exigitur, tanquam indubitatum præsupponens. Ex quo etiã *not gl.* quãdo quis pecuniam dedit negociatori, ut inde merces emat, & sibi partem lucri concedat, quod ejusmodi pactum non sit licitũ, siquidem periculum spectet ad recipientem, ex hoc solo, quod concedens pecuniam expers est periculi, colligens, eum contractum aliud nihil quam mutuum & propterea veluti usurarium illicitum esse, *& gl. sequuntur omnes Interpp supra citati.* Multò itaq; magis hoc locum habebit, quando non de lucro mercium, sed de pecunia, neq; etiam in genere de lucro, sed de certa quantitate lucri conventum est. Nam quando tantum in genere de certa lucri parte agitur, tum si negociator, qui pecuniam recepit, nihil lucri fecerit, nihil etiam ratione pecuniæ perceptæ solvere tenetur creditori. At quando, ut in proposito, respectu collatæ sortis certa pecuniæ quantitas singulis nundinis vel annis persolvenda promittitur, tum etsi mercator nihil penitùs lucratus, sed damnum etiam passus fuerit, tamen quantitas promissa ab ipso exigitur. Longè igitur majorem continet iniquitatem pactum istud, quàm illud, de quo *gl. in d. c. plerique* loquitur, & quod consequens est, omni dubitatione caret, pactum hoc tanquam usurarium nullum juris vigorem habere posse. Cumq; hæc per se plana & manifesta sint, ideò longiore probatione non indigent.

Quemadmodum autem extraneus pecuniam mercatori ea lege concedẽs usuram committit. Ita hoc etiam locum habet, si alter sociorum ea mente atque proposito ad societatem pecuniam confert, ut certam pecunię quantitatem inde lucri faciat, & sortis repetitio sibi etiamnum integra sit. Nam etsi is respectu reliquæ portionis suæ in societatem collatæ socius sit, tamen ratione

ratione hujus pecuniæ, quam deinceps societati numeravit, instar creditoris est, atque adeò duas personas sustinet, videlicet ratione portionis suæ tanquam socius personam debitoris, ratione verò alterius pecuniæ personam creditoris. Ex quo porrò sequitur, id quod de persona alterius creditoris pecuniam suam committentis mercatori juris est, Idem etiam locum habere in persona socij, quatenus creditoris vices gerit.

31 Nam regulariter † quotiescunq; in unam & eandem personam plura jura concurrunt, tum illa diversis respectibus plurium personarum vicem gerit, & ea quæ in personis separatim consideratis statuta sunt, etiam in una & eadem persona locum habent, *l. tutorem, de his quib. ut indign. §. si tutor. Instit. de inoffic. testam. l. cum quadam C. de administr. tutor. l. si consul cum l. seq. & ibi not. gl. de adopt. not. gl. in l. si plures de pactis cum similibus in hanc sententiam adductis ab Everhar. in loco à tanquam nu. 11. & seq.* Præsertim quia omnes rationes, quibus in casu, quo extraneus pecuniam hanc contulisset, usuram deprehendi posse, diximus, etiam in hac facti specie locum habeant, qua alter sociorum pecuniam hac lege confert, ut præter sortem integram certum lucrum inde percipiat. Nam quemadmodum illo casu periculum ad recipientem pertinet, ita in hac specie facti conferens pecuniam sortem ante omnia sibi integram esse, & eam priùs, quàm damni vel lucri ineatur ratio, deducere vult. Et sicut in illo casu sorti mutuò datæ lucrum certum ac in singula centum præfinitum, sine præcedente mora accedit, quod ipsum contractum de usuris maximè suspectum reddit. Ita etiam in casu nostro ad idem contingit. Par igitur est, ut hæc, quæ utroque in casu eadem subest ratio, utrobique etiam idem jus statuat, *l. illud ad l. Aquil. l. Titio de verbor. oblig. c. inter cæteras de rescript. cum simil.* Ideoque etiam plerique ex Interpp. supra citatis de socio pecuniam hisce conditionibus conferente discertè loquuntur, & tamen contractum istum tanquam usurarium illicitum esse concludunt, ut multis probat *Roma. d. cons. 238. & cons. 520. Alex. cons. 80. circa primum vol. 3. ubi inter alia num. 4. post gl. in d. c. plerig. ait*, etiamsi sub nomine societatis pecuniam ad negociandum dederit, tamen si lucrum solùm inde expectet, quod transeat in mutuum, & illud quod percipitur, sit usura, *& Paul. de Castro. d. cons. 55. vol. 2. Decius d. cons. 116. & alij in locis adductis.* Nihil enim refert, quo nomine contrahentes ad occultandum usurarum vitium usi fuerint, sed potius effectus ipse consideratur, ut supra abundè docuimus & latius etiam apparebit ex iis, quæ paulò post dicemus. Deinde hoc magis perspicuè apparebit, si circumstantias hujus pacti diligentiùs consideraverimus, easdemq; cum natura societatis contulerimus. Nam ex hac collatione luculenter nobis constabit, altero sociorum pecuniam hac lege conferente, ut sorte sibi integra certum lucrum inde percipiat, quod hoc magis ad naturam mutui, quàm societatis contractum accedat, & quod adeò ejusmodi pactum tanquam usurarium nullum juris vigorem habeat. Primò lucrum inter socios regulariter pro rata portionis, quam quisque sociorum contulit, dividitur, ut supra diximus, hic verò lucrum nulla portionis habita ratione fuit promissum.

Secundò † etsi portio sive pars lucri in genere certa esse possit: Tamen in 32
societate nunquam ipsa quantitas lucri certa esse solet, sed ex loco, tempore & personis ipsorum mercatorum variatur, ut per text. *in l. ideoq. §. in arbitrio, de eo quod certo loco & in l. pretia rerum ad l. Falcid. docet Roman. cons. 520.* Et sensit idem *Paul. de Castro. d. cons. 55*, ubi ait, ad hoc ut contractus societatis licitus sit, necesse esse, ut non solùm capitale, sed & lucrum in fortuna ponatur, *l. cum*

l. cum duobus §. item si ex facto pro socio. In casu verò nostro de certa quantitate lucri in singulos Joachimicos computanda fuit actum, quod ipsum maximè usurariam pravitatem sapere, supra abundè ostendimus, & hoc solùm ad hoc sufficere sensit *Paul. de Castro. d. cons. 55.* ubi pro regula tradit, quando lucrum non ponitur in fortuna, sed in omnem eventum tradens pecuniam vult lucrari, sive recipiens lucretur, sive non, utputa si paciscatur de certa pecunia annua vel menstrua danda, quod contractus iste non sit licitus, etiamsi tradens suscipiat in se periculum sortis, Idem tenuit *Decius cons. 123. & alij supra citati.* Tertiò in societate de eo lucro agitur, quod ex quæstu provenit, id est, ut interpretatur Jurisconsultus, quod ex opera cujusque descendit, *l. coiri l. quæstus & seqq. ff pro socio.*

Hic verò † nulla habita consideratione quæstus in singulos Joachimicos singuli nummi computantur, atque ideò verè pecunia pecuniam generat, id quod potissimùm in mutuo contingit, & tanquam usurarium prohibitum est.

Idque in casu simili considerat, *Aretin. con. 151. ubi col. 2.* In princip. ait, ex eo, quod de certis florenis singulis annis certi floreni persolvuntur, manifestum esse, quod pecunia pecuniam pariat, idque impossibile & absurdum esse reputat, *c. pleriq. 14. quæst. 3. c. sint hi 47. distinct.* Idem secutus est *Alciat Responso 3.* ubi ait, quotiescunque ab una parte intervenit pecunia ab alia personalis obligatio de dado quid annuum, inde patere, quod ex pecunia nascatur pecunia, & sic esse fœnus, *cap. pleriq. 14. quæst. 3.* Quibus optimè conveniunt ea, quæ scripta reliquit *Gomes. in tractat. variar. resolut. tit. de societat. ubi num. 5. vers. Quartò infero* ait, si quis alteri deberet pecuniam ea lege, ut quolibet anno aliquam pecuniæ quantitatem pro lucro absque calculo & computatione negociationis facta inter eos, quod talis contractus censeatur usurarius, & creditor teneatur restituere id quod recepit, quia est usura *argum. cap. consuluit & in cap. fin. de usur.* atque se ita sæpiùs consuluisse testatur. Quartò quia in societate de lucro non prius agi potest, quàm omni damno deducto, *d. l. Mutius pro socio.* in proposito verò Cambium Francofurdense, priusquam damnum deducatur, perinde ut in mutuo, percipitur à socio. Ex quo fit, ut etsi societas nihil lucri fecisset, tamen nihilominus alter sociorum Cambium Francofurdense, quod sibi promissum fuerat, exigeret, etiam cum diminutione sortis ad societatem collatę. Quinimò licet societas tale damnum sentiret, quod maximam sortis partem absorberet, non tamen minus lucrum hoc alter sociorum peteret, quod quã longè à natura societatis recedat, & quantam secum afferat iniquitatem, neminem esse arbitror, qui non videat. Quintò, quemadmodum in casu nostro lucri ratio aliena est à natura societatis, ita etiam ipsius sortis repetitio societati non convenit.

Quotiescunque † enim pecunia in societatem confertur, tum regulariter in communione tamdiu permanet, quoad ipsa societas durat, neque interim nisi utroque consentiente ad alios usus transferri potest, *Petr. de Ubald. in tract de duob. fratrib. 14 parte in fin. quem refert Joh. Lup. in d. c. per vestras § XI. incip. ampliari potest secundum n. 12.* ubi hinc disertè ait, non valere pactum, quod ille, qui pecuniam ponit in societate possit, quandocunque voluerit, illam repetere, quia istud esset capitale salvum facere. (f) 34 (f)

Hæc verò pecunia, de qua in proposito agimus, ab eo qui eam contulit, quando libitum fuerit, etiam invito altero, repeti potest. Id quod proximè ad naturam mutui accedit. Et ex simili ratione de mutuo actum esse, colligit *Paul. de Castro cons. 74.* quem in socie-

societatis contractu sequitur *Decius d. conf. 123.*

35 Sextò in † societate sors ab alterutro sociorum collata repeti integrè non potest, nisi & alter socius suam etiam sortem totam consequatur, quod si verò aliquid defecerit, tum ita institui solet ratio, ut damnum istud quilibet pro rata portionis suæ sentiat, ut supra probavimus. Atqui pecunia illa, cujus ratione Cambium Francofurtense persolvitur, præter lucrum istud quod inde percipitur, vigore illius pacti integra repetitur, etiamsi alter sociorum sortem suam non consequatur, id quod proprium solet esse mutui. Ponamus enim unum sociorum contulisse quingentos florenos, alterum verò mille, & hunc deinceps ultra hanc sortem societati quingentos commisisse, & deinceps societatem tale damnum sensisse, ut deducto ære alieno, non nisi mille floreni inter socios dividendi superessent. Hæc juxta naturam societatis ita essent distribuenda, ut ad eum, qui quingentos florenos contulit, quarta pars ejus pecuniæ, videlicet ducenti & quinquaginta floreni pertinerent. Alteri verò, qui 1500. flor. atque adeò tres partes ad hanc societatem contulit, 750. concederentur, & ita damnum istud pro rata portionis cujusque distribueretur. Quod si verò ratio distributionis secundum pactum, de quo verba facimus, instituenda esset, tum is, qui mille & quingentos contulit, de residuis mille ante omnia quingentos deduceret, & reliqui quingenti floreni inter eos distribuerentur, ut ad eum qui quingentos tantum contulit 166. flor. & 14. solidi. Ad alterum verò qui duas partes ad societatem contulit 833. flor. 7. grof. Et computatis illis quingentis, 833. flor. 7. grof. pervenirent. Ex quo perspicuum est, illum longè majus damnum sentire, quàm alioqui secundum naturam societatis ad ipsum pertineret, ad hunc verò minus damnum spectare, quàm æqualitatis exigit ratio, qua societas potissimùm nititur. Idque magis evidens esset, siquidem tale damnum societati contigisset, ut non nisi quingenti floreni superessent. Hosce enim is, qui ea contulit, solus perciperet, atque adeò hujus pecuniæ ratione expers periculi esset, altero totam sortem ad societatem collatam amittente, quinimò etsi nihil in societate residui esset, tamen is qui ultra sortem quingentos contulisset, eosdem à socio pro rata portionis suæ repetere vellet, atq; hac ratione is ultra sortis amissionem 166. flor. 14. groff. pro rata sua persolvere teneretur, contra omnem æqualitatis normam. Septimò hinc clarè perspicitur, hanc distribuendi damni rationem longè esse diversam & separatam à ratione lucri, quod de pecunia illa percipitur, & quod hæc diversitas maximam etiam introducat inæqualitatem contra propriam societatis naturam, quæ requirit, ut eadem sit lucri & damni ratio. Et partes lucri & damni sint æquales, ut *per text. in l. si non fuerint. ff. pro socio & in §. & quidem istud Institut. eod. tit.* inquit Romanus *d. conf. 520. num. 5.* ex hac inæqualitate contractum societatis usurarium arguens, quem sequuntur alii supra citati. Octavò ex hoc ipso, quod jam recensuimus, in aperto est, quod etsi is, qui vigore hujus pacti ultra sortem primo collatam, deinde pecuniam societati commisit, pro rata portionis suæ aliquod periculum subeat, quod tamen illud non ratione hujus pecuniæ, quam tanquam creditor integram semper repetit, sed tantum respectu portionis priùs collatæ sustineat. Et quod interim ad alterum sociorum longè majus periculum pertineat, quàm æqualitatis ratio exigat.

Cum tamen indubitata sit juris regula, sicut lucrum ita etiam periculum 36
& damnum † inter socios pro rata portionis æqualiter distribuendum, usque eo, ut pactum periculi sustinendi ratione, vel ullo alio respectu inæqualitatem in-

tem introducens minimè valeat, ut *not. gl. in d. l. si non fuerint, §. 1. pro socio.* quam communiter approbatam & receptam esse, ait *Corneus cons. 139. col. 1. vol. 1. & cons. 243. eod. vol. 1. Petr. de Ubald. in tractat. de duobus fratribus quarta parte principal. quæst. 1. Gomes. variar. resolut. tit. de societat. numer. 5.* Cum itaque ex hisce manifestum sit, pactum hoc naturæ societatis in multis adversari, & magis ad naturam mutui accedere, consequens omninò est, istud minimè societatis nomine velari, & ab usurarum suspicione liberari posse, sed potiùs instar mutui reputandum, atque adeò propter lucrum, quod ex pacto isto sorti accedit, tanquam usurarium legibus improbatum esse. Nam regulariter pactum, ex quo alteruter sociorum lucrum affectat, neque tamen interim, juxta naturam societatis, sortis periculum subire vult, contractum de usuris suspectum reddit atque efficit, ut magis secundum naturam mutui, quàm secundum naturam societatis dijudicetur, ut sensit glos. communiter approbata *in d. cap. pleriq. 14. quæst. 3. & docent Bald. Salicet. & Dd. in l. 1. Cod. pro socio*, ubi Baldus disertè inquit, ejusmodi contractum non esse societatem, neque ex forma contractus neque ex natura, ex forma non, quia est contractus mutui. Ex natura non, quia est contra naturam societatis, quod unum capitale salvum sit, & aliud capitale fractum.

Quod dictum refert & sequitur Romanus *cons. 238.* inde inferens, si quis mercatori pecuniam ea lege dederit, ut certa quantitas nomine Cambiorum sibi inde solveretur, quod ejusmodi pactum tanquam usurarium minimè valeat, quia inquit, saltem ad lucrum dedit, non autem ad damnum, cum sortem sibi salvam esse voluerit. *Et consil. 520.* de contractu societatis disertè loquens inde infert. Quod si quis certam pecuniæ summam ita assignaverit mercatori, ut sibi nomine discretionis octo in singula centum persolverentur, quod is contractus potiùs esse censeatur mutuum quàm societas, ex quo is, qui assignavit pecuniam, sortem sibi salvam esse voluit. Addens ibidem *n. 7.* quod ex eo præsumatur, quē sortem sibi salvam esse voluisse quando apparet mutuum fuisse contractum cum de natura mutui sit, ut damnum non recipiat. Idem secutus est *Paul. de Castro d. cons. 55.* ubi constanter asseverat, ejusmodi contractum, ubi quis ultra sortem aliquid accipit, neque tamen periculum sortis suscipit, non esse contractum societatis, sed mutui, etsi lucrum, quod sibi accedit, non esset certum sed positum in fortuna. Quia, inquit, ad hoc ut lucrum sit licitum, duo debent poni in fortuna scil. capitale & etiam lucrum. Hinc etiam *Alex. d. cons. 80. volum. 3. post gloss. in d. cap. pleriq.* ait quando ille, qui dat pecuniam, non vult sentire nisi lucrum, quod tum etjamsi daretur pecunia ad negotiandum, & sub nomine alterius contractus, quàm mutui puta societatis, tamen in mutuum transeat, & illud quod percipitur sit usura. Inde decidens non valere pactum, quando alicui pro lucris futuris ducentorum Ducatorum singulis annis 24. Ducati essent promissi.

Ex eadem ratione generaliter docet *Socinus d. cons. 265. col. 7. vers. confirmantur præmissa*, quod in contractu societatis non liceat aliquid accipere, nisi quis periculum simul subeat, & quod alioqui lucrum sorti accedens usura esset.

Quibus adstipulatur etiam *Jason. d. consil. 174. vol. 2.* ubi in casu quo quis alicui dederat mille nongentos Ducatos ad trafficandum (ut ipse loquitur) in mercantia ea lege, ut lucrum & damnum inde proveniens ad dantem pertineret, & tamen sors ipsi nihilominus integra esset, multis argumentis ostendit, contractum hunc mutuum

tuum & propterea fœneratitium esse. Idem sensit *Decius con.123.* ubi ait, quando in contractu societatis fuit actum, ut capitale finita societate alicui salvum sit, quod tum ex hoc in veritate contractus mutui arguatur, & societas in fraudem usurarum simulata videatur. Idem multis probat Natta *cons.403.* generaliter concludens, si quis det negociatori pecuniam ad merces emendas sub nomine societatis, ita ut sine periculi alea lucrum inde percipiat, hujusmodi contractum esse mutuum, & quod consequens est illicitum. Huic sententiæ tanquam tutiori subscribit etiam Mudæus *in l.si. non fuerint num.11.* Pro socio, ubi ait, non rectè coiri societatem, cum is, qui pecuniam ponit, nullius damni periculum sustinet, sed re potiùs inspecta quàm verbis id sapere contractum mutui, sub spe lucri & absque damno. Et rectè inquit, si res ipsa subjectaque materia improbanda sit, non purgabis vitium, licet societatis aliudve quantumvis honestum nomen contracto negotio dederis. Sic etiam hoc expeditum est, quod etsi ad sortem ipsam quod attinet, contractus naturæ societatis optimè conveniat, si tamen saltem in lucro distribuendo non satis justa & æqua habeatur ratio societatis, utputa quando ut in proposito, ratione sortis alterutri sociorum certa quantitas juxta temporum intervalla in singula centum fuit promissa, tum solùm hoc ut proximè ad naturam mutui accedens ad deprehendendum usurarum vitium sufficit, ut sensit *Roman. d. cons.520. Paul. de Castro d. cons.55. vol.2.* ubi ait, quando lucrum non est positum in fortuna, sed in omnem eventum tradens pecuniam vult lucrari, sive recipiens lucretur sive non, utpote, si paciscatur de certa quantitate annua vel menstrua danda, quod tum ejusmodi contractus non sit licitus, etiamsi tradens in se periculum sortis suscipiat. Idem docuit Aretin. *cons.152.* pro regula tradens, quod ubicunque quantitas per dinumerationem temporum promittitur, donec sors solvatur, censeatur esse usura, etiamsi nomine pœnæ promittatur. Et Decius *cons.138.* ait, quod sola certitudo lucri contractum societatis illicitum facit. Hinc etiam *Johan. Mar. Riminald. cons.61. num.39. vol.1* disertè asserit, quando aliquid sorti immediatè & certitudinaliter, ut ipse loquitur, accedit, quod hoc videatur in fraudem usurarum factum, & quod de mutuo tantum agatur, licet alius contractus appareat, cum similibus supra in secunda præsumptione usurarum congestis. Cumque hæc ita sese habeant, ut alterutrum horum, de quibus jam diximus, contractum de usuris maximè suspectum reddat, atque efficiat, ut magis secundum naturam mutui, quàm societatis æstimetur, utique hæc eadem multò magis locum obtinebunt, quando, ut in proposita facti specie, utrunque simul concurrit, paulò enim ante â nobis ostensum est, pactum hoc, de quo sermo nobis institutus est, non solum ratione sortis, sed etiam ratione lucri, à natura societatis penitùs recedere magisque mutuo consentaneum esse. Præsertim verò quia, ut ex iis, quæ eo in loco diximus, dilucidè apparet, in hoc casu nostro, præter hasce duas evidentes conjecturas etiam multæ aliæ qualitates paulò ante consideratæ concurrunt, quæ magis cũ mutuo quàm cum societatis contractu conveniunt, & manifestè ostendunt, pecuniam hanc vigore hujus pacti ad societatem collatam perinde habendam, ac si ea societati mutuo data esset, atque adeò lucrum, quod ex pacto isto sorti accedit, meram usuram esse. Quippe cum extra omnem controversiã positum sit, id quod sorti mutuo datæ accedit, usuram verè dici. Quibus etiam adminiculatur, quod socij isti alternativè convenerunt, si unus ex eis plus pecuniæ ad societatem contulerit, quod illi vel Cambium Francofurtense persol-

persolvendum, vel tantundem pecuniæ vicissim mutuò dari debeat. Nam vel ex his ipsis verbis dilucidè apparet de mutuo tantum inter ipsos actum fuisse, & quod consequens est, lucrum istud, quod ultra sortem persolvitur, perinde ut in mutuo usurarum nomine rectè censeri.

37 Denique † pactum hoc maximo usurarum vitio laborare, rem ipsam atque experientiam in testimonium advocare possumus. Nam ipsa rei evidentia docet, quoties pecunia ea lege alicui conceditur, ut inde Cambiũ Francofurtense persolvatur, quàm facilè exigua pecuniæ summa propter Cambium istud, accedente præsertim anatocismo, in maximam quantitatem accrescat, & quàm multi, qui hac conditione pecuniam accipiunt, bonis suis cum famæ jactura miserè fuerint exuti & tantum non spoliati, ut si ullum aliud usuræ genus, rapina & vorago appellandum sit, certè hoc etiam, quod secundum rationem Cambij Francofurtensis instituitur, nomen istud jure mereatur. Et propterea ceu deterrima pestis è Repub. benè constituta penitùs exterminandum & gravissimis pœnis insectandum sit. Est enim hoc nostrum Cambium non absimile usuris illis Lugdunensibus, de quibus Molinæus *in tract. de usuris q. 74. num. 6.* quem hic videre operæ pretium erit. Ex hisce igitur omnibus constanter assevero, pactum istud, de quo in proposita facti specie agitur, propter usurariam pravitatem nullum juris vigorem habere, & quod adeò mercator Cambium Francofurtense in hunc casum promissum à socio jure exigere minimè possit, quippe cum ex contractu usurario nulla penitùs competat actio sed potiùs usuræ etiam solutæ repeti possint, *c. Quia in omnibus, c. cum tu, c. Tua nos duxit, cap. consuluit, c. Tuae de usuris.* Atque hujus nostræ sententiæ veritas magis elucescet ex resolutione eorum, quæ supra pro opinione contraria fuere considerata. Nam quod attinet ad text. *in d. c. per vestras*, ex verbis illius manifestum est, eum de honesto lucro loqui. Ostendimus autem, lucrum istud, de quo in proposito agimus, usurarium & quod consequens est, turpe lucrum esse, *c. Nec hoc c. si quis usuram c. Quid dicam 14. q. 4. c. 1. de usur. lib. 6.* Non igitur textus ille ad propositum nostrum pertinere poterit.

Honestum † autem lucrum tum rectè dicitur, quando quis ad negociandum pecuniam ita confert, ut inde juxta naturam societatis lucrum non ex ipsa pecunia, sed ex quæstu expectet, & simul etiam periculi aleam subeat, ut declarat *gl. in d. c. plerique 14. q. 3. Abb. & Dd. in d. c. per vestras, & ibi etiam Johan. Lupus in 6. notab. Roman. cons. 520. num. 5. & num. 7. Alex. d. cons. 80. vol. 3 (g)* Neque refert, quod is qui pecuniam contulit, simul etiam operas præstat & tanquam socius periculum subit. Hoc enim tantum contingit ratione portionis suæ ab initio collatæ, non autem ratione pecuniæ, quam deinceps negociationi commisit. Nam ex hac pecunia certum lucrum expectat, & interim sibi integrum est, totam sortem repetere, etiam cum jactura & detrimento alterius socij contra naturam societatis, prout suprà in collatione societatis & hujus pacti abundè explicavimus, ubi simul etiam à nobis fuit ostensum, hanc periculi subeundi rationem, quæ respectu reliquæ sortis magis, quàm pecuniæ illius de qua in proposito agimus, contingit, à ratione lucri, quod pecuniã hanc conferens consequitur, penitùs esse diversam & naturæ societatis, quæ ut æquales sint partes lucri & damni, requirit plurimum adversari, & magis ad naturam mutui accedere. 38 (g)

Tantum igitur abest, ut ex hac periculi consideratione pactum istud usurarum suspicione liberetur; ut ex eadem etiam magis deprehendatur, contractum hunc usurarium esse, ut ex rationibus

tionibus & autoritatibus ſupra adductis evidenter apparet.

39 Ad † ſecundum argumentum facilè reſponderi poteſt ex iis, quæ ſupra tertio loco huic concluſioni præmiſimus. Nam ex illis, quæ ibi diximus, manifeſtum eſt, ea, quæ in ſecundo argumento conſideravimus, tum demum rectè procedere, quando ex veriſimilibus conjecturis non apparet aliud inter contrahentes fuiſſe actum, quàm nomen contractus, quod uſurparunt, præ ſe ferat. Hoc enim caſu contractus talis eſſe judicatur, qualem verba ipſa demonſtrant, neque in alium contractum præter mutuum uſurarum ſuſpicio facilè cadit. At quando ut in propoſita facti ſpecie ex circumſtantiis & qualitatibus totius negocij dilucidè conſtat, ea, de quibus inter contrahentes actum eſt, naturæ contractus, quem præ ſe ferunt, minimè convenire, ſed potius ad naturam mutui accedere, atque adeò uſurarum pravitatem ſapere, tum ſanè verba à contrahentibus uſurpata ejus momenti non ſunt, ut non potiùs ad id quod actum eſt, & ad effectum contractus, qui ex veriſimilibus conjecturis apparet, reſpiciendum atque hinc contractus inſtar mutui uſurarius dijudicandus ſit, non attento, utrum is mutuum an venditio vel ſocietas, ſive quovis alio nomine appellatus fuerit, quippe cum alioqui facilè ficto & ſimulato aliquo nomine contractus uſurarum crimen tegi, atque velari poſſet contra manifeſta jura, *in c. in civitate & in c. conſuluit de uſuris, & in cap. ad noſtram de emt. & vendit. & in c. illo vos de pignor.* Quibus in locis etiam Interp. id quod jam aſſeruimus, disertè docent, generaliter concludentes, quotieſcunque apparet ex contractu aliquo præter naturam ejus ſorti aliquid accedere, atque adeò in fraudem uſurarum cum ita conceptum eſſe, quod tum ex hoc ipſo mutuum interveniſſe præſumatur, neque amplius curetur, quo nomine contractus iſte appellatus fuerit. Id quod etjam pluribus firmat *Abb. & Dd. in rubr. de uſur. & in c. fin. eod. tit. Paul. de Caſtro. conſ. 160. num. 1. vol. 1. Jaſ. d. con. 174. vol. 2. Johan. Marin. Riminald. d. conſ. 61. num. 39. vol. 1. Berous conſ. 168. num. 12. Alciat. Reſponſ. 3. Natt. conſ. 670. numer. 9. & conſ. 403. & alij ſupra in tertio præmiſſo adducti.* Neque ſanè injuria, nam etiam extra uſurarum materiam in contractibus potiùs natura & effectus eorum, quam verba conſiderantur, & ex effectu atque natura magis, quàm ſecundum denominationem dijudicandus eſt, *l. inſulam de praſcript. verbis l. ſi olei l. ſi qui C. locati l. ubi ita donatur, de donat. cauſ. mortis c. conſtitutus de reliq. dom. Bart. in l. Cotem. §. Qui maximos de publican. Johan. de Imol. in c. propter ſterilitatem numer. 33. verſ. non obſtat. locat. Afflict. deciſ. 72. in fin. Pariſ. conſ. 82. num. 44. & conſ. 83. vol. 3. Socin. jun. conſ. 68. num. 1. vol. 1. Cravett. conſ. 20. num. 8. conſ. 186. num. 5. conſ. 214. num. 2. conſ. 293. numer. 9. Bellon. conſ. 60. num. 4. cum multis ſimilibus in hanc ſententiam congeſtis per Tiraquell. de Retract. tit. 1. §. 30. gloſ. 1. numer. 10. 11. & ſeq.* Ubi ait, perpetuum eſſe, quod contractus ſit judicandus ſecundum naturam ejus & ſemper, præſertim quando agitur de præjudicio alterius, magis inſpiciendam naturàm & effectum actus, quàm nomen ab agentibus ipſi actui attributum, quia ſi aliter diceremus, facilè fieret fraus in præjudicium alterius, cui obviandum & occurrendum, *l. in fundo de rei. vendic. l. 1. in fin. ſi quis omiſſ. cauſa teſtament. l. fin. de ſuſpect. tutor.* Idem latiùs proſequitur in *§. 32. gl. 1. numer. 34. & ſeqq.* ubi multis probat magis ipſam rei naturam & ſubſtantiam contractus reſpiciendum eſſe, quàm nomen. Quia veritas & ſubſtantia rerum non immutatur hominum denominatione, *l. ſi fortè de Caſtrenſ. pecul. l. Non Epiſtolis l. non nudis C. de probat. l. aſſumtio. & ibi not. Dd. ad municipal.*

Quæ tertio † de uſuris ratione In- 40

tereſſe perſolvendis diximus, ea tum demum locum habent, quando priùs Intereſſe probatum fuit, ſine probatione verò de certa quantitate præſtanda convenire non licet, ut docent *Johan. Andr. & Dd. in d.c. ſalubriter in princ. de uſur. Johan. de Anan. & cæteri in c. fin. eod. tit. Felin. in c. cum venerabilis, ubi etiam Decius de exception. Laurent. à Rudolphis in c. conſuluit, q. 53. circ. fin. de uſur. Johan. Lup. in c. per veſtras, in 6. notab. de donat. inter vir. & uxor.* Et plures alij, quos ſupra in quarto præmiſſo recenſuimus. Ad probationem verò hujus Intereſſe non ſufficit conſtare, quod aliquis interim, donec pecunia caruit, ab aliis ſub uſuris pecuniam mutuo acceperit, & tantum quantum à debitore repetit, uſurarum nomine perſolverit, ſed neceſſe eſt, ut iſtud ad legitimum modum reducatur. Et hoc in ſpecie docuit Angel. *in authent. de judicib. § oportet numer. 11.* ubi ait, ſtante ſtatuto quod is, qui ſe pro alio obligavit, poſſit accipere pecuniam ſub uſuris & ſolvere creditori, & haſce uſuras principalis debitor teneatur reſtituere fidejuſſori, quod tamen hoc intelligendum ſit, de moderatis non autem de immoderatis, argumento eorum quæ de expenſis tradunt Interpretes ibi.

Et ſecundum hanc ſententiam ſæpiùs tàm à Collegio Scabinorum reſponſum, quàm etiam in ſupremo judicio harum provinciarum judicatum
(h) fuiſſe memini. (h) In noſtris autem regionibus uſuris hic modus eſt præfinitus, ut de ſingulis centum non liceat ultra quinque percipere, ut apparet ex ordinationibus provincialibus. Licet igitur quis probet, ſe ultra illa quinque perſolviſſe aliis, tamen id tanquam Intereſſe minimè poterit repetere, ſed ſuæ facilitati acceptum ferre debet, cur contra manifeſtam legis prohibitionem plus ſolverit. Alioqui enim ſi uſuras etiam ultra legitimum modum ſolutas repetere liceret, magna aperiretur feneſtra fraudibus, cum uſurarij ſcientes ſe quod ſolverunt, à debitoribus repetere poſſe, atque adeò de alieno corio ludere, mutuas invicem uſuras præſtare & hac ratione miſeros debitores pro libito defraudare atque expilare poſſent. Ut interim omittam, uſuras alij ſolutas tanquam Intereſſe non niſi poſt moram repeti poſſe, quippe cum Intereſſe ſine mora non debeatur, *l. in hac in fin. de condict. triticar. l. Julianus §. ex vendito ibi. poſt diem de action. emt.* In propoſito verò ex quo pecunia ad certum tempus fuerat collata ad ſocietatem, donec à conferente repeteretur, nulla poſſit conſiderari mora, *l. lecta verſ. ſed cum ſortis petitio dilata ſit, ſi certum petat. Corneus conſ. 59. col. 4. verſ. ſed & hoc reſpondetur vol. 3. Cravett. conſ. 189. ver.* Quintus caſus eſt, *Paul. de Caſtro in d. l. Julianus §. ex vendit. de action. emt. Alexandrin. conſ. 88.* Minus verò ab hoc probandi onere relevabit, quod ut ſuprà dictum eſt, mercator iſte alios reperire potuerit, qui tantundem ſibi perſolviſſent.

Nam † cum ſupra oſtenſum ſit, lucrum hoc, quod nomine Cambij velatur, meram uſuram eſſe, utiq; hoc in conſiderationem minimè venire poteſt, ut tanquam lucrum ceſſans repeti queat, cum iſtud non niſi de lucro honeſto intelligatur, *c. per veſtras. de donat. int. vir. & uxor. & poſt alios docet Guid. Pap. in tractat. de uſur. num. 7. ibi. in lucro dum tamen honeſto.* 42

Sic † etiam ad docendum lucrum ceſſans non ſufficit conſtare, quod aliquis mercator ſit & negociari ſoleat, ſed requiritur etiam, ut probetur, eum certo fuiſſe lucratum, ſi pecuniam habuiſſet, utpote ſi probetur, quod præ manibus habuerit talem negociationem, ex qua tantum fuiſſet lucratus, & quia pecuniam non habuit, eam exercere non potuit, vel ſi alio modo conſtaret, quod ſi habuiſſet illam pecuniam, certo fuiſſet lucratus, ſecus ſi incertum eſſet. Non enim ſequitur, ipſe, vel alij mercatores conſveverunt ali- 43

quando lucrari decem pro quolibet centum, igitur si habuisset pecuniam, tantundem fuisset lucratus, quia fieri potuit, ut nequaquam lucraretur, sed sortem ipsam perderet. Cum negociationes plerunque variis fortunæ casibus sint subjectæ, ut probatur *in l. quemadmodum* §. *item Labeo ibi. cum incertum fuerit an caperentur ad l. Aquil. & in l. naturalem* §. *1. ibi multa accidere possunt, ut non capiamus de acquir. rer. dom.* Hoc sensit *Bart. in d. l unica num. 25. ibi. apparet quasi pro certo quod Lucratus fuisset C. de sentent. quæ pro eo quod interest, Bald. in l. fin. col. 2. in 3. opposit. C. de furt.* ubi ait, quod Interesse lucri cessantis debeat esse certum & indubitatum. Et clariùs docuit *Paul. de Castr. in d. l. 3.* §. *fin. c. de eo, quod certo loco, quem sequitur Jas. ibi num. 8. Purpurat. in l. rogasti* §. *si tibi num. 4. & seqq. vers. & ideo si cert. petat. Curt. jun. in l. 2.* §. *mutui dati. col. 6. vers. ultimò in terminis, si certum petat. Rebuffus in d. l unica in fin. num. 29. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, Dec. in l. quatenus ff. de reg. jur. & cons. 322. num. 15.* ubi ait, quod lucrum cessans debeat esse in potentia propinqua, *Anton. rub. Alex. cons. 20. in fin. Matth. de Afflict. decis. 20. Benvent. Stracca in tractat. de mercator. tit. de contract. mercat. num. 3. Cravett. cons. 320. in fin. Roland. à Vall. con. 35. nu. 13. vol. 1. Molinaus in tractat. usurar. num. 28. & 29.* ubi ait, quod Interesse debeat fundari in causis veris efficacibus & propinquis, non in simulatis fictis aut remotis, *Natt. cons. 450. num. 60. Tobias Non. cons. 82. num. 9. Hippol. Riminald. cons. 218. vol. 2. Et quamvis Cagnolus in d. l. 1. numer. 4. C. de sentent.* quæ pro eo quod interest aliter sentiat, tamen ad rationes ejusdem facilè responderi potest ex his, quæ in jam dictis locis considerant Interpretes.

44 Estque in † hujus Interesse probatione non solùm considerandum, quid quantumve creditor sive alius mercator lucrari potuisset, si pecuniam habuisset, sed & ducenda ratio periculi, quod subivisset, & operarum, quas præstitisset, siquidem fuisset negociatus, ut post *Salicet. in auth. ad hæc C. de usuris, docet Natt. d. cons. 370. Quis enim, inquit Molinaus in tractat. de usur. quæstion. 74. num. 504.* ferat fœneratorem domi residentem ociosum, nisi fortè in calculandis suis Calendis, ut cum fœnore & pulvisculo sortem post certum terminum certo & extra omnem aleam repetat, tantum lucri & certò facere quantum industrius & diligens mercator industriam sumptuum & laborem simul cum tanta pecunia periculo exponens, damnumque & periculum tum personæ tum bonorum non rarò experiens. Eadem ratione quis ferat mercatorem tantum lucrari de pecunia, quàm ociosè & tutò fœneratur, quantum de ea cum qua suo periculo personæ bonorum & industriæ negociatur? Addens hæc esse dilucidiora, quàm ut argumentis indigeant. Et paulò pòst *num. 509.* ejusmodi negociatores acriter insectatur, ut dignus sit inspectione, quia non tantùm mores fœneratorum, quorum hoc nostro egentissimo seculo magna est copia, eleganter ibi depinguntur, sed & ex eo satis patet, non adeò facilem esse probationem hujus Interesse lucri cessantis, prout opinatus fuit Cagnol. ac propterea rectiùs sensisse eos, † qui etiam probato hoc Interesse, illius æstimationem in arbitrium judicis rejecerunt, *ut per text. in l. 1. & quæ ibi not. Bart. C. de Colon. Illirican. lib. XI. docet Aretin. in l. divortio.* §. *item si messes solut. matrimon. quem refert & sequitur Jas. in l. 3.* §. *fin. num. 6 de eo quod certo loco Menoch. de arbitr. judic. libr. 2. centur. 2. cas. 119. Natta con. 370.* Ex quibus tandem sequitur, in proposita facti specie non sufficere, quod mercator probare possit, se vel hanc ipsam societatis vel aliam negociationem præ manibus habuisse, sed insuper necesse esse, ut constet ipsum certò fuisse lucratum, & licet de hoc etiam verisimiliter appareret, tamen etiamnũ esset 45

esset habenda ratio periculi, item operarum, & expensarum & secundum hanc æstimatio arbitrio judicis ita instituenda, ne tantum quæstum ferat simplex pecunia, quantum pecunia cum industria, ut ait Molinæus *in d. quæstion.74. num.522. in fin. & probatur optimè in l. Quod debetur de peculio.* Quia verò de lucri istius certitudine ejusdemque æstimatione vera in proposito nullum apparet vestigium, Ideo pactum hoc, de quo verba facimus, hac ratione defendi non poterit, nisi quis simul etiam usuris patrocinari, & earundem tutelam suscipere velit. Quid enim alioqui facilius vel cuivis fribulario nedum justo mercatori aut negotiatori esset, quàm hoc genus Interesse prætendere, imò etiam qui non potest negotiari, sed est cujusvis diversæ professionis, causari posset, se pecuniam suam societati mercatorum in commune lucrum daturum aut aliud non absimile, atque hac ratione plurimi spe tùm superabundantioris, tùm certioris lucri allicerentur ad negligendam & intermittendam honestam negotiationem, turpia verò & iniqua lucra sectanda, hujusmodi fœnus improbum exercendo, idque citra sumptum labores & pericula, retenta interim opinione & officina mercatoris sed solo nomine ad illusionem populi duntaxat. Quod quia iniquissimum ideò minimè admittendum, ut iisdem penè verbis ad aliud tamen propositum prudenter monet Molinæus *in d. quæstion.74. numer.505.*

46 Quinimò † non desunt, qui existimarunt, quod etsi Interesse ejusmodi certo probatum fuerit, tamen de certa summa nomine Interesse ante moram præstanda sine usurarum suspicione conveniri vel pacisci non liceat, ut docet *Innocent. Johan. Andr. & Calderin. in c. fin. de usuris. Laurentius de Rudolphis in c. consuluit, part.2. quæst.2. de usur. Anchor. cons.376. Aretin. cons.9. Tertiò dubio, & cons.141. col. fin. 2. dub. & consil.152. in fin.* ubi opinionem hanc communem esse ait, *Cravett. consil.189. col.3. Sylvan. cons.10. numer.46. vers. Et adeò.* Sed quia in hoc ultimo plerique aliter sentiunt, modo de certo Interesse verisimiliter appareat, quos collegit *Didacus libr.3. variar. resolut. cap.4. numer.5. vers. sexto* ex his, ideo ad tuendam conclusionem nostram sufficit, certum Interesse non esse probatum, de hac ultima verò doctrina, an & quatenus ea subsistat, alibi erit dicendi locus.

Ad † quartum argumentum facilè potest responderi ex iis, quæ tradit *Roman. in d. consil.238. Alexand. d. consil.61. Conrad. de contract. quæstion. 99. conclus. quarta vers.2. Johan. Lup. d. cap. per vestras, §.9. ampliari potest iste textus numer.13.* 47

Ex illis enim, quæ in hisce locis tradunt Interpp. & quæ supra de qualitatibus hujus pacti diximus, abundè apparet Cambio, quæ iure permissa sunt, longè diversam habere rationem, quàm lucrum de quo in proposito agimus, & quod istud Cambij nomine ab usurarum crimine vendicari non possit, ut suprà etiam ostendimus, Ideoque Cambia hæc illicita, quibus usuris velamen tantum quæritur, Cambia sicca vocat *Mandosius in addit ad Roman. d. consil.238.* Neque refert, quod is, qui pecuniam negotiationi committit, periculum hac saltem ratione subeat, quod solam mercatorum fidem sequatur, eademque propter varias fortunæ casus dubia & incerta esse soleat.

Nam † cum supra satis à nobis ostensum sit, nos hic versari in contractu mutui, ideò licet creditor in se velit suscipere periculum, tamen nihilominus id, quod ultra sortem datur, censetur esse usura, ut per text. *in c. navig. de usuris, docet Roman. consil.238. numer. quarto. Paul. de Castro d. cons.55. volum.2.* 48

Dec. consf.123. numer.1. Joh.Lup. in d.c. per vestras §.*9. in fin.* Præterea periculum istud, quod ex eo imminere potest creditori, si interim fallat aut facultatibus cadet debitor, in considerationem non venit, ut docet Molin. *de usur. d. quæ.74. num.493.* Quia, inquit, imò semper est periculum debitoris, ex quo nullo casu liberatur, *l. incendium C. de reb. credit.* Etsi hoc admitteremus, semper idem dicendum esset in mutuo, & sic esset aperta via usuris.

49 Minus † etiam urget alterum argumentum à consuetudine desumtum. Nam cum multis rationibus à nobis sit probatum, pactum hoc esse usurarium, usuram verò non jure solùm humano, sed & naturali & divino prohibitam esse, utique jus hoc divinum nulla consuetudine tolli, neque adeò contractus usurarius ex eo, quod passim frequentatur robur accipere poterit, ut probatur *in c. quia in omnibus de usur. ubi not. glos.* quod multitudo usuras exercentium non excusat, *arg. c. multi 11. quæst.1.* Quinimò etsi omnes homines de mundo essent usurarij, non tamen propterea usuras permittendas esse, ait *glos. in d c.* Quia in omnibus *per text. in c. flagitia 32. quæstion.7. ubi D. Augustinus*, Flagitia, inquit, quæ sunt contra naturam, ubique & semper repudianda atque punienda sunt, quæ si omnes gentes facerent, eodem criminis reatu divina lege tenerentur. *Et glos.* tanquam notabilem sequitur Berous ibi, idem probatur disertè *in c. super eo ibi. super hoc dispensationem aliquam posse fieri non videmus, & in clem. unica, eod tit. not. Salicet. in l. eos* §. *super usurarum num.1. C. de usuris, Jas. & Dd. in l.1. C. de summ. Trinit. & fid. Cathol. Et tenuit Silvan. consf. X. nu.39. vol 1. Natt. consf.498. num.24. Et etiam Molinæus in d tractat. de usur. quæstion.74. num.505.* Frustra, inquit, consuetudinem, quæ hic aggravat, non excusat, causabuntur. Neque sanè mirum cum juri divino nulla consuetudo, quæ hoc casu verius corruptela dicitur, aliquatenus derogare possit, sed tantò sint graviora peccata, quantò diutiùs infœlicem animam detinent alligatam, ut ait Gregorius Nonus *in c. fin. de consuetud. concordat. text. in c. inter dilectos de excess. prælat.* ubi sancitur, excusationem quæ per pravam consuetudinem (quæ corruptela dicenda est) palliatur frivolam reputandam esse, cum in illis magis plectibilis sit offensa, per quos delinquendi autoritas usurpatur. Mala enim consuetudo non minus quàm perniciosa corruptela abijcienda & vitanda est, ut habetur *in c. mala & seq. 8. distinct.* Ideóque per jam dicta jura pro regula traditum est ab Interpretibus, consuetudinem quæ æquitati naturali est contraria, & peccandi causam præbet, nullum juris vigorem habere, ut pluribus ostendunt *in d. c. fin. de consuetud.* Et post alios multa in hanc sententiam congessit *Tiraquell. in tractat. de jure primogen quæstion.7. num.3. Cravett. consil.116. Roland. à Vall. consil.34. num.20. & seq. vol.3.* Neq; obstant hisce autoritates supra adductæ, partim enim eatenus saltem consuetudinem ejusmodi admittunt, ut à pœna aliquem excuset, non verò quod contractum sustinere possit, de quo in proposito verba facimus. Partim verò eo de casu loquuntur, quando probabile subest dubium, utrum contractus sit usurarius necne, nam hoc casu consuetudo ejusmodi contractui robur addere potest, at quando manifestum est, eum usurarium esse, tum res aliter sese habet, ut declarat *Natta consf.498. num.25. & 26. & consf.586. in fin.* Et latiùs prosequitur *Berous in d. c. Quia in omnibus numer 8.* Nos verò abundè jam docuimus, contractum, de quo verba facimus, usurarum vitio manifesto laborare, non igitur ad propositum nostrum doctrinæ illæ pertinere poterunt. Ad sextam & septimam dubitandi rationem supra consideratam facilè responderi potest ex ijs, quæ pacti nostri qualitates cum natura

natura societatis conferendo diximus. Ex illis enim dilucidè apparet, si mercator iste pecuniam hanc societatis nomine ad negotiationem conferre, & lucrum inde juxta naturam societatis expectare voluisset, quod tum simul etiam damnum pro rata illius pecuniæ collatæ subire debuisset. Sed quia contra hanc propriam naturam societatis certo lucro absque periculo inhiare maluit, utique consideratio lucri, quod ex natura societatis etiam majus ad ipsum pervenire potuisset, ejus momenti esse nequit, ut pactum hoc usurarum suspicione liberet. Nam lucrum certum etiam minoris quantitatis semper præferendum est lucro majori, quod à dubio eventu dependet, & cum periculo conjunctum est, *argument. l. Quod debetur, de peculio. cum similibus.*

Et quod consequens est, lucrum quod quis ideo repudiavit, ne damnum subire cogatur, pro damno, cujus consideratio usurarum suspicionem tollere solet, minimè reputari poterit. Quinimò vel ex hoc ipso quod de lucro certus esse, neque tamen interim fortunæ casum expectare voluit, pactum hoc maximè suspectum redditur, non igitur hoc idem (quod videlicet spreto lucro etiam majori negocium dubio eventui committere juxta naturam societatis noluit, sed magis de certo lucro stipulatus est) pactum istud de usurarum suspicione liberare poterit, *argument. l. Qui hominem §. fin. de solut. l. cum is §. [illegible] de condict. indeb. l. legata inutiliter, de adim. leg.* Sed potiùs locus erit regulæ, quæ docet, quod is, qui non vult, quod potest, neque etiam id, quod voluit, legibus adversantibus consequi debeat, *l. Si genero C. de jur. dot. l. Quod sponsa C. de donat. ant. nupt. l. 1. §. si quis ita de verbor. obligat.* Sic etiam ex computatione supra instituta manifestum est, quod etsi socius ex pecunia illa ad societatem ab altero collata lucrum aliquod percipiat, tamen econtrà damni etiam periculum sustineat & quidem longè majus quàm alter sociorum, qui pecuniam hanc contulerat, & quod adeò facilè contingere posset, ut pecunia ista restituenda socio totam alterius sortem absorbeat.

Modò si ratione hujus pecuniæ, & lucri quod inde consequi poterat, prætereà etiam, prout pactum istud exigit, Cambium Francofurtense conferenti persolvere cogeretur, hoc Cambium secundum varios fortunæ casus non solùm omne lucrum, quod ex pecunia illa speraverat, & cujus respectu damnum ejus sustinet, absorbere, sed etiam reliquum lucrum quod ratione portionis suæ ad societatem collatæ ad ipsum spectaverat, auferre posset. Non igitur æquum est, ut ratione lucri, quod ex pecunia illa alter sperare potest, Cambium Francofurtense veluti in compensationem ejus lucri persolvat.

Nam compensationis † tum demum justa habetur ratio, quando utrobique par & æqualis est causa, *l. si constat ibi. ad concurrentes quantitates & l. fin. C. de compensat. not. Dd. in l. donationem C. de donat. inter vir. & uxor. & in l. de fideicommisso C. de transact. cum similibus adductis per Tiraquell. in l. si unquam, verb. donatione largitus num. 116. C. de revoc. donat.* In proposito verò damnum, quod alter sociorum sentit, propter Cambium ratione illius pecuniæ persolvendum, longè majus est, quàm lucrum, quod inde consequitur. 50

Non itaque hæc invicem compensari, neque adeò lucrum istud, quod ad eum pervenire potest, jure compensationis tollere potuit. Ponamus enim in casu supra considerato socios tantum lucratos fuisse 60. de hisce ad eum qui duas partes habuisset, in societate alioqui viginti pertinerent, ad alterum verò 40.

sed

sed si illi ratione quingentorum, quæ ultra sortem suam negotiationi commisit, Cambium Francofurtense persolvendum esset, tum is lucrum istud sexaginta flor. solus perciperet, atque adeò alter non solùm lucrum quod ex pecunia ista speraverat, sed & lucrum, quod alioqui ratione sortis suæ ad ipsum pertinuerat, penitùs amitteret. Quinimò si, ut facilè contingere posset, nihil lucrifacerent, tum quia nihilominus Cambium Francofurtense persolvendum esset, istud etiam sortem alterius diminueret. Nulla itaque in proposito lucri potest haberi consideratio, neque adeò compensationis, cujus ratione ultra sortem quandoque aliquid jure percipi potest. Sed vel ex hoc ipso magis evidens est, quantum hoc pactum secum ferat iniquitatem. Præterea utut hæc sese habeant, tamen quia supra abundè probavimus, pactum hoc aliud nihil esse quàm mutuum, ideò consideratio lucri quod alter sociorum inde percipere posset, in proposito locum habere non poterit. Nam in mutuo nunquã creditor lucri ratione, quod debitor inde consequitur, sine usurarum vitio ultra sortem quid stipulari potest, sed ipsa mutui natura exigit, ut creditori tantundem reddatur, quantum dedit, ad debitorem verò utpote in quem fuit translatum dominium pecuniæ, lucrum ejus pertineat, ut post alios considerat *Natt. conf. 403.* ut interim omittam, mercatores rarò tam prospera uti fortuna, ut deductis impensis & operis ultra quantitatem Cambij Francofurtensis aliquid lucrifacere possint.

51 Non † obstat argumentum octavum. Nam cum ex ijs, quæ hactenus diximus, luce meridiana clarius sit, Cambium Francofurtense ea lege, prout inter socios conventum fuit, sine usurarum crimine percipi non posse. Et usuræ omni jure tam divino quàm humano prohibitæ sint, vicissitudo illa qua incertum redditur, uter sociorum usuras hasce percepturus sit, crimen hoc non magis purgare poterit, quàm duobus inter se armis certantibus, aggressorem, si alterum occiderit ab homicidij reatu liberare potest, quod is eandem periculi aleam subierit, atque adeo incertum fuit, utrum ab altero victus interficeretur. Vicissitudo enim & inde resultans incertitudo in illis demum casibus excusat, in quibus hęc ipsa vicissitudinis ratio prohibitionis causam tollit, ut in exemplis & locis supra adductis. At quæ absque delicto perpetrari non possunt, ea sive reciprocè, sive alio modo committantur, pœnam huic delicto statutam merentur, *l. 2. §. publico ff. ad l. Jul. de adulter. Abb. in sic. penult. ext. eod. tit. Facit text. in l. licet C. de pactis, & quæ per illum tradit Tiraq. in l. si unquam, verb. donatione largitus nu. 114. in fin. C. de revoc. donat. & in tract. de jure primogen. quæstion. 6. num. 24.* ubi multis collectis auctoritatibus & rationibus ostendit, pactum de futura successione legibus improbatum non valere, etiamsi id vicissitudinarium fuerit.

Atque hæc quidem dilucidiora sunt, quàm ut longiore probatione indigeant. Hujus autem vicissitudinis tum demum justa duceretur ratio, quando ratione Cambij Francofurdensis ab altero sociorum, qui illud percepit, tantundem persolveretur, ut Cambio isto æquè responderet, in his enim terminis loquuntur *Bald. & Jas. in d. l. petens, C. de pactis & complures alij in locis supra adductis.* In proposita autem facti specie ex parte ejus, qui Cambium Francofurtense percipit, nihil omninò præstatur, quod huic Cambio correspondere atque adeò vicissitudinem quandam quæ usurarum crimen purgaret, causare posset, sed is merum & certum lucrum cum jactura alterius socij expectat, Non igitur vicissitudinis sive compensationis aliqua in proposito habenda erit consideratio, quæ usurarum suspicionem tollere queat, ut

t supra pluribus demonstravimus.

Minus etiam † refragatur trita la juris regula, quæ docet, contractum in dubio non esse judicandum usurarium. Nam doctrina ista, ut etiam verba ejus denotant, in casu tantum dubio procedit. Hîc verò manifestis indicijs deprehenditur, pactum istud usurarium esse, non igitur hæc doctrina ad propositum nostrum pertinere poterit, sed potiùs locus erit regulæ quæ docet, Non in certis sed in incertis locum esse conjecturis, *l. ille aut ille. §. cum in verbis, l. non aliter, de leg. 3.* Hinc quoque non refert, quam ob causam contrahentes pactum istud iniverint, vel quem potissimùm finem respexerint.

Nam cum manifestum sit, pactum hoc usurarium esse, non amplius curandum erit de fine, ob quem usuræ istæ præstentur. Non enim licet usuras etiam ad pias causas percipere, ut dilucidè probatur *in c. super eo de usur. ubi Alexand. III.* Panormitano Archiepiscopo in hæc verba rescribit, cum scriptura sacra prohibeat pro alterius vita mentiri, multò magis prohibendus est quis, ne etiam pro redimenda vita captivi, usurarum crimine involvatur. Idem probatur *in c. 1. & seqq. XIV. quæst. 5. & in c. non est putanda 1. q. 1.* Neque enim malum admittendum, ut fiat bonum, *c. faciat homo c. si quis ad te confugerit, c. Ne quis arbitretur 22. q. 2.* Ut interim omittam alias qualitates hujus pacti consideratas, ex quibus evidenter apparet longè fuisse tutiùs atque æquius si prætermisso hoc pacto conferens pecuniam juxta naturam societatis lucri & damni pro rata ejusdem pecuniæ particeps fuisset, quam quod citra periculi aleam certum inde lucrum expectare voluit cum maxima jactura & detrimento socij.

53 Nam etsi † desit affectus, si tamen non absit damni effectus, actus illicitus esse censetur, ut inquit Baldus *in l. 1. col. 2. vers. Item quæro num quid, Cod. pro socio.* Atque ex his quidem non solùm omnibus ijs, quæ supra pro opinione affirmativa adducta fuêre, abundè satis factum esse, sed & sententiam nostram satis firmatam arbitramur.

Quæ † licet generaliter ita sese habeant, interim tamen non negamus, 54
si mercator iste qui Cambium Francofurtense petit, probare posset, se vel ex hac ipsa negotiatione, cujus nomine societas fuit contracta, vel ex alia tantum lucri honestè consequi potuisse, quantum ratione Cambij sibi promissum fuit, quod tum etiam Cambium istud jure petere queat. Nam etsi non desint, qui existiment, pactum ejusmodi usurarium usq; adeo non valere, ut lucrum promissum, etiam probato eo quod jam diximus, exigi nequeat, ut sensit *Aretin. d. consil. 152. Sylvan. cons. 10. numer. 546. in fin. & Roland. à Vall. consil. 55. in fin. volum. 2.* Opinio tamen aliter sentientium verior est & magis recepta, quàm tenuit *Alexand. consil. 200. volum. 6. Decius cons. 39. vers. secundo respondetur, & consil 111.* ubi ait, taxationem non reddere contractum illicitum sed exactionem. (i) *Et cons. 119. vers. quinto pro eo cum seq. & cons. 322. col. fin. Cagnol. in l. 1. numer. 51. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest, Cravett. consil. 189. numer. 8. Johan. Plotus in l. si quando numer. 453. C. unde vi, & Molinæus in d. tractat. usurar. num. 34. & 35.* Modò in probando & æstimando hoc Interesse non solùm lucri sed simul etiam periculi operarum & expensarum justa habeatur ratio, ut suprà de hoc monuimus. Quia verò hoc ita in genere definiri non potest, ideo judicis arbitrio ex circumstantijs personæ, temporis loci & totius deniq; negocij hoc dijudicandum relinquimus, per ea quæ suprà adduximus.

(i)

In † æstimando enim & taxando 55
Interesse judicis officium maximas partes obtinet, usque eo, ut si probatum fuerit, quod alicujus intersit, neque

tamen

tamen de certa quantitate Interesse constet, Judex tamen nihilominus consideratis negocij qualitatibus certam quantitatem definire possit, ut per text. in l. si quod ex Pamphilo. de leg. 2. not. Bartol. & Dd. ibi. & sensit Bartol. in d. l. 1. in fin. & ibi Cagnol. num. 54. Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest, Raphael. Cuman. cons. 102. Corneus consil. 25. in fin. & cons. 318. ad fin. volum. 4.

ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(a) VIDE omninò quæ in his ipsis terminis propositæ quæstionis, disputat Abb. Panorm. consil. 114. lib. 2. qui itidem statuit, pactum ejusmodi non valere, sed eidem contradicit Molinæus in tract. contract. usur. quæst. 87. num. 668. ita tamen ut licitas tantum usuras, quincunces nimirum, admittat, unde non tàm contrarius, quàm diversus ab Abbate videtur, & Molin. sequitur impudens ejus compilator Caballin. Milleloq. 444. In terminis verò Abbatis pro Negativa etiam sententia fortissimè pugnat Hippolyt. Rimin. consil. 399. num. 26. & uberiùs consil. 400. per tot. ubi pleraque hîc â parente adducta attingit, ut operæ precium sit amborum scripta conferre, quod qui fecerit, facilè perspicere poterit, uter pleniùs hanc quæstionem resolvat. Parens tamen Riminald. cum hæc scripsit, nondum vidit, nec post cum visum suis quicquam addidit, Vide etiam Bursat. cons. 320. 321.

(b) Vide quæ novissimè in hanc sententiam copiosiss. differunt Fernand. Vasq. illustr. controv. noviss. cap. 60. num. 7. cum seqq. & Petr. Aug. Morla. in Empor. jur. tit. 8. quæstion. 25. num. 36. cum seqq.

(c) Vide quæ in contrariam sententiam pro defensione usurarum moderatarum, ut quincuncium adducit Petr. Heig. quæst. 1. part. 2. adde Morlam in empor. jur. tit. 8. quæst. 25. num. 8. Camel. Borel. cons. 79. nu. 8. & seqq.

(d) Adde latiss. cumulantes varia exempla Ludov. Peguer. decis. crimin. 32. num. 8. Cacheran. decis. 105. numer. 5. & 36. Marchisell. quæst. 36. num. 5. cum seqq. Johan. Köp. quæst. 22. in pr. & seq. 23. Cevallos quæst. 535. Andr. Fachin. libr. 2. controvers. cap. 53.

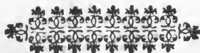
(e) Vide Alexand. cons. 61. num. 13. volum. 2.

(f) De hoc Vide Hect. Felic. d. tract. de societ. c. 15.

(g) Riminald. d. consil. 400. nu. 60.

(h) Vide contra Daniel. Moller. lib. 2. semestr. c. 40. & Afflict. decis. 1. & ibi Ursil. in addit. qui admittit. 10. pro 100.

(i) Refert Johan. Baptist. Laderch. cons. 70. nu. 6.



QVÆSTIO

QUÆSTIO III.

PACTUM INTER SOCIOS INITUM, UT QUAM QUISQUE PECUNIAM in commodum societatis confecerit, ex ea plus lucri quàm alter consequatur, an intelligatur etiam de ea pecunia quæ studio quidem ac industria unius ex sociis conquisita est, sub fide tamen & cautione totius societatis.

SUMMARIA.

1. *Voluntatis quæstiones difficilimæ.*
2. *Verba contrahentium intelligenda sunt cum effectu. declaratur nu. 54.*
3. *Effectus potissimùm considerandus, & ex qualitate effectus cognoscitur potentia causæ efficientis. declaratur num. 58.*
4. *Ab effectu fit denominatio in contractibus.*
5. *Effectus & finis potius inspiciendus quàm initium.*
6. *Actus illi potissimùm adscribendus cujus contemplatione factus est.*
7. *In mutuo potissimùm considerandum cujus contemplatione numeratio facta sit, atque hic solum obligatur. declaratur num. 59.*
8. *Pecunia communi sociorum nomine mutuo accepta potiùs omnibus sociis quàm uni eorum adscribenda.*
9. *Sociorum unus quod gessit communi sociorum nomine, omnes gessisse censentur.*
10. *Verba contractus interpretanda ne sint superflua etiam contra propriam ipsorum significationem, & n. 32.*
11. *Adversativa dictio adversatur præcedentibus in jure & in facto. declaratur nu. 31. & nu. 62.*
12. *Nomine proprio quoties quis appellatur potiùs personæ quàm officij vel qualitatis alterius habita censetur ratio. declaratur nu. 63.*
13. *In dividendo lucro inter socios habenda est ratio portionis collatæ ad societatem.*
14. *Pactum inæqualitatem introducens inter socios non valet.*
15. *Verba contrahentium secundum naturam contractus intelligenda, etiam contra proprietatem eorum nu. 40.*
16. *Interpretatio ea capienda est, quæ æqualitati magis est consentanea.*
17. *In interpretanda dubia voluntate potior ducenda ratio ejus quid de damno vitando certat.*
18. *Interpretatio ea capienda est per quam partes minus lædantur & numero 49.*
19. *Verba interpretanda contra eum qui illis nititur. declaratur nu. 65.*
20. *Verba contractus in dubiis potissimùm consideranda.*
21. *Pactum de conficienda pecunia inter socios initum intelligitur de nudo facto absque obligatione & seqq.*
22. *Verba generalia legum & contractuum generaliter intelligenda.*
23. *Conficiendæ pecuniæ negocium sejunctum est ab ipso contractu mutui, & numer. 60.*
24. *Verborum proprietati in dubio adhærendum.*
25. *Secundum consuetudinem loci contractus & quævis alia dispositio interpretanda.*
26. *Verba præcedentia declarant sequentia, præsertim quando sunt præparatoria sequentium, num. 27. Vel quando eadem oratione continentur, nu. 28. Item quando ad supplendam orationem verbum aliquod ex præcedentibus repetendum, nu. 29.*
30. *Adversativa qualitatem casus præcedentis repetit. Idem adversatur in his quæ sunt ejusdem generis, nu. 31.*

Mercatores duo cum inita societate alter nimirum A. duas partes, alter B. verò unam contulisset, inter alia ita convenerunt: **Was die Gesellschafften dem Handel zum besten vor Gelt auffbringen / sol einem jeden zu seinem gebührenden Antheil zu gute kommen / jedoch was B. vor Gelt auffbringet / sol er den halben Theil / so wol als A. im Handel davon haben.** Hoc est: Quam pecuniam socii ad communem societatis utilitatẽ confecerint, illa ad quemvis eorum pro rata portione in societate collata pertinebit: attamen quam B. confecerit, de hac is partem dimidiã perinde ut A. obtinere debet. Cumque deinceps B. ab alijs mutuò sumptum pecuniam in societatem contulisset, neque tamen ipsemet eo nomine cavisset, sed societas fidem suam obligasset. Fuit ex hoc quæsitum, utrum de hujus etiam pecuniæ lucro media pars ad ipsum pertineret, an verò pactum istud de lucro æqualiter dividendo tantum de ea pecunia accipiendum sit, quod absque societatis obligatione suâ fide confecisset? Quæ quidem quæstio cum in voluntatis non satis expressè interpretatione versetur (nihil enim hoc loco à contrahentibus de eo, cuj. fide pecunia mutuo sumenda esset, dictum fuit) difficilem sanè habet explicationem.

Nam † interpretando voluntatem contrahentium cum animus eorum videri nequeat, sæpissimè errari solet, ut monet *Bald. in l. precibus, col. 7. vers. Dixi ergo, C. de impub. & aliis subst.* 1

Ac prima quidem fronte haud præter rationem in hanc opinionem quis devenire posset, ut existimet, pactum istud ea de pecunia tantummodò intelligendum esse, quàm B. fide propria mutuò sumsisset absque cautione sociorum.

Hoc

Hoc enim † primò suadere vide-
ır trita illa juris regula, quæ docet,
erba contrahentium intelligenda
se cum effectu, *l. pen.* §. *pen. Ne quis*
im qui in jus voc. l. quoties, Qui satisd.
g. l. aliud est capere, de verbor. signif. l.
qui rem pignori, §. *si tu Titium, de furt.*
p. fin. junct. glos. de sponsal. c. relatum,
cleric. non resident. l. 1. § *fin. ubi hoc not.*
ıson. & Dd. Qui satisd. cog. Jas. in l. cum
ıadam, §. *quoties, de jurisd. omn. judic.*
am si secundum ista, verba hujus pa-
iita interpretari volumus, ut effe-
ım verè sortiantur, utique id, quod
pecunia conficienda dictum fuit,
elligendum videtur de ea, quam sua
atione atque adeò cum effectu & re-
a consequeretur, cum neminem
erire liceat, qui absq; cautione pe-
ıiam mutuò dare velit, ac propterea
ım effectum si consideraverimus,
uniam confecisse non dicatur, qui
tionem eo nomine non præstitit.
in potiùs secundo ex hac eadem ra-
ıe dicendum erit, pecuniam mutuò
ptam, pro qua societas fidem inter-
uit, non tàm à B. quàm ab ipsamet
etate, quæ etiam hoc nomine
incta tenetur, confectam cen-

Cum † regulariter in omni actu
ssimum sit considerandus effectus,
bi not. Dd. C. de Instit. & substit. §.
ıstit. de bon. possess. l. fin. C. qui admitt.
ibi pecuniam, C. si cert. petat. Et ex
itate effectus arguatur & dignos-
r potentia causæ efficientis, *l. rem*
novam, circa fin. C. de judic. in pro-
Instit. §. *Quorum utranque viam,*
ıtuor 12. quæ. 2. l. 3. Cod. de summ. Tri-

Usque cò, ut si effectus ad omnes
neat, causa etiam ipsa omnes atti-
videatur, *l. cujus effectus de reg. jur.*
nobrem quando omnes socij si-
fidem suam interposuerunt pro
nia mutuo accepta, etiam ipsa
obligationis, id est, contractus
d omnes simul pertinere censebi-
tur, neque adeò uni soli ascribi po-
terit.

Magis enim † in contractibus at- 4
tenditur effectus, quàm sonus verbo-
rum & ab effectu potiùs denominatio
fieri debet, *l. si uno. in princ. locati, l. insu-*
lam de præscript. verb. l. Lucius 1. ubi Dd.
depositi, l. si alienam, in fin. & l. ubi dona-
tur. de donat. caus. mort. quæ jura ad hanc
regulam accommodat *Cravett. consil.*
214. nu. 1. & cons. 301. n. 3. generaliter con-
cludens, semper magis considerandum
esse effectum.

Pertinet † huc etiam quod vulgò 5
tradi solet in contractibus, effectum &
finem potiùs inspiciendum, quàm
initium, *c. commissa. in princ. de Elect.*
lib. 6. l. si stipulatus essem abs te, l. insulam
intra biennium, de verbor. obligat. l. & si
non sint, §. *perveniamus in fin. de auro &*
argent. legat. cum simil. congestis ab Ever-
hardo in loco à virtute finis numer. tertio.
Præterea hoc ipsum, videlicet quoties
communi societatis nomine cautio
præstatur pro pecunia mutuo accepta,
quod tum pecuniam istam non unus
duntaxat sociorum, sed omnes pro-
curasse videantur. Tertiò colligi-
tur ex trita illa juris regula, qua tra-
ditur.

Non † tàm ipsum actum conside- 6
randum esse, quàm cujus contempla-
tione fiat, *l. si pater* §. *qui duos, & ibi*
Bald. de adopt. & quod actus, qui gestus
est contemplatione alterius, potiùs
huic quàm illi, qui gessit, asscribendus
sit, *l. servo legato,* §. *si testator & ibi Bar-*
tol. de leg. 1. fideicommissa §. *interdum, &*
l. plerunque de leg. 3. l. 4. §. *fin. de liberat. le-*
gat. l. sed si plures. §. *in arrogato. ubi latè*
Dd. de vulgar. & pupill. Non enim ambi-
gendum, quin is, qui pecuniam mutuò
dando sequitur fidem societatis, hoc
potissimùm faciat contemplatione o-
mnium sociorum, non autem ejus tan-
tùm qui cum ipso contrahit, quare ne-
gocium istud vel ex hac regula non uni
sociorum, sed omnibus potiùs asscri-
bendum erit.

 Nam

Nam regulam istam etiam in mutuo procedere, atque propterea magis esse attendendum, cujus fidem secutus est, & quem inde obligatum esse voluit, is qui erogavit pecuniam, quam
7 † cui numeratio facta est, quarto loco probatur *in l. si pupilli, §.1. de negoc. gest. & in l. eum qui mutuum si cert. petat. & in l. hinc quaritur §.1. ibi eum qui contrahit totum servi peculium velut patrimonium intuitum, de pecul.* Neque sanè mirum, cum in mutuo re contrahatur obligatio, *text. in pr. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* Ideoque si plurium nomine quis mutuò acceperit pecuniam, omnes, quorum nomine id factum est, eatenus contraxisse censebuntur, quatenus ad eos pervenit, & ipsi fidem suam interposuerunt, *l. si non singuli, à contrario sensu, l. cum te, si cert. petat.*

Ex quo in facti specie à proposito non aliena consuluit *Corneus consil. 311.*
8 *vol. 1.* quando † alter sociorum mutuo accepit pecuniam, considerandum esse, qua contemplatione pecunia fuerit mutuo data, & cujus periculo, atque inde concludit, si fuerit mutuo data nomine seu contemplatione societatis, quod tum illa pecunia non socio mutuo accipienti, sed societati adscribenda sit, *arg. d. l. sed & si plures §. in arrogato. de vulg. & pupill. l. dotem quam dedit, de collat. bonor l. si verò, in princ. solut. matrim. l. profectitia de jure dot.*

9 Potissimùm enim † (quinto) in societatis contractu locum obtinet, ut quod unus communi sociorum nomine gessit, eo loco habeatur, ac si ab omnibus factum esset. Ideoque licet unus ex socijs pecuniam mutuam impetraverit, si tamen reliqui socij fidem etiam suam obligaverint, pecunia ista non ab uno duntaxat confecta videbitur, sed negotium istud ad omnes æquè pertinebit, ut apparet *ex l. ac alienum junct. glos. in verb. contractum pro socio, ubi glos.* sensit æs alienum etiam ab uno sociorum nomine societatis contractum perinde haberi, ac si ab omnibus contractum esset. Idque disertè docuit *Baldus in l cum te, Cod. si certum petat. ubi col. 2. vers. unde interdum* ait, quando ex duobus socijs unus in administratione aliquid facit nomine societatis, quod tum alter etiam videatur facere, inde inferens, si unus mutuo acceperit pecuniam, vel (ut loquitur ipse) facta sit credentia uni ex duobus collegis, & alter se excuset, quod non accepit, sed socius suus, illa excusatio non valeat. Sexto huic opinioni suffragari etiam videntur ipsa verba instrumenti super contractu societatis conscripti, dum primò recensetur, socios convenisse, quod pecunia, quam in communem negotiationis usum ab alijs mutuo acceperint, ad quemvis eorum pro rata sua portione pertinere debeat, atque his proximè subjungitur, quam tamen pecuniam B. confecerit, eam pro dimidia parte ad ipsum spectare debere.

Nam cum etiam præcedentibus verbis B. comprehendatur, atque illic disertè disponatur, ad eum pecuniam aliunde confectam sive mutuo impetratam duntaxat pro rata portione, id est, pro tertia parte pertinere debere, atque his proximè subjungatur, quam pecuniam ipse confecerit, illius partem dimidiam ad eum spectare debere: Utique hoc ultimum de alia pecuniæ conficiendæ ratione, & quidem non de ea, cujus nomine ipsa societas cautionem præstaret, de qua in prioribus verbis dictum fuerat, sed potius de alia, videlicet de pecunia, quam sua fide impetraret, intelligendum erit, cum alioqui præcedentia verba quatenus personam B. respiciunt penitus essent superflua, & si de eadem pecuniæ conficiendæ ratione accipienda forent, longè commodius ita proferri potuissent: Quam pecuniam A. confecerit, hæc cuivis sociorum pro rata portione adscribi debet, quam

quam verò B. impetraverit, hujus dimidiam partem sibi vendicare poterit, at proinde in proposito locum inveniat regula docens, verba contractus † ita interpretanda esse, ne sint superflua, sed ut semper aliquid operentur, *l. 1. in princ. & ibi not. Quod metus caus. l. 1 in fin. cum ibi not. ad municip. l. cum alijs in fin. C. de curat. furios. l. fin. § non autem filio, C. de bon. qua liber.* Et ne minimum quidem verbum in contractibus appositum censeri debere sine virtute aliquid operandi, *inquit Bald. in rubr. C. de contrah. emt. q. 9.*

Quinimò verba etiam contra propriam eorum significationem accipienda sunt potius, quàm ut nihil operentur. *l. si stipulatus fuero per te, de verbor. obligat. l. stipulatio ista. § sed si servus, & §. possidere, eod. tit. c. si sententia de sent. excomm. lib. 6. Bald. in c. 1. de Capitan. qui curiam vendid.* Idem septimò denotat proprietas dictionis adversativæ (tamen) per quam verba hujus pacti controversa præcedentibus annectuntur.

I Nam † cum natura adversativæ dictionis sit, ut præcedentibus adversetur in jure & in facto, & diversum casum annectat, *Bartol. in l. hoc amplius, § de his autem, num. 1. de damno infect. & in l. patris & filij num. 1. ad fin. de vulg. & pupillar.* vel hinc jure colligi posse videtur, in sequentibus verbis de alia conficiendæ pecuniæ ratione, quàm de qua in præcedentibus dictum fuerat, atque adeò de ea, pro qua B. propriam fidem interponeret, conventum esse. Potest insuper in hanc sententiam octavo considerari, quod hoc loco ubi de pecunia à B. conficienda actum fuit, is non ut in præcedentibus, communi sociorum sed proprio nomine appellatus fuit. Nam ex hoc etiam magis verisimile fit hoc loco de ea pecunia agi, quam B. non communi societatis nomine, & cautione à socijs præstita impetravit, sed ea quam suo nomine & fide propria interposita confecit.

Cum † regulariter quotiescunque aliquis nomine proprio appellatur, tùm potius censeatur personæ habita ratio, quam vel officij vel alterius qualitatis extrinsecus accedentis, *l. nonnunquam, juncta l. præcedenti ad Trebell. l. 4. §. in eum, de administr. rer. ad civit. pertinen. l. si communis servus ita de stipulat. servor.* ubi licet servus, qui duobus Dominis nomine appellativo stipulatur, illis acquirat pro portione dominij: tamen si in stipulatione nomina propria ipsorum expresserit, censetur ad propriam ipsorum personam absque dominij qualitate respectum habuisse, atque propterea ipsis pro portionibus virilibus acquirere voluisse. Nono opinio ista hac ratione plurimum confirmari posse videtur, quoniam ex instrumento societatis apparet, A. duas partes, B. verò unam duntaxat ad societatem contulisse, atque propterea illum nomine pecuniæ fide sociorum mutuo acceptæ pro duabus partibus teneri, hunc verò tantum pro tertia devinctum esse. Modò si lucrum pecunia ista quęsitum ad hunc pro dimidia parte deveniret, plus lucri perciperet, quam habita ratione portionis ad societatem collatæ ad ipsum secundum æqualitatis normam pertineret, ac plus etiam quam periculi & oneris sustineret. Quod quia maximam introducit inæqualitatem, atque adeò rationi & naturæ societatis plurimum adversatur, ideò verisimile non est, contrahentes hoc sensisse, sed credendum potius illos cum natura contractus sese conformasse, atque propterea verba ista potius de ea pecunia intellexisse, pro qua B. propriam fidem obligaret, quippe cum naturæ societatis convenientius videatur, ut is, qui pro pecunia mutuo accepta obligatur, plus etiam lucri inde expectet. 12

Æquitatis † enim ratio, quæ potissimùm in societatis contractu consideratur, hoc exigit, ut in dividendo lucro habeatur ratio portionis, 13

tionis, quam quisque sociorum contulit ad societatem, *d. l. si societatem mecum l. quid enim & d. l. si non fuerint pro socio,* Et ut lucri & damni par si ratio, *l. si unus 68. in fin. pro socio, §. de illa vers. illud expeditum. Instit. de societat. l. id quod de peric. & commod. rei vend. l. secundum naturam, de reg. jur.*

14 Usque † eo ut nec etiam jure contrahi possit societas, ut unus sociorum periculum subeat, alter verò lucrum, *l. si non fuerint, §. 1. vers. si modo aliquid plus contulit societati pro socio, ubi glos. in verb. societati,* refert tres opiniones, & tandem concludit, sententiam Azonis existimantis ejusmodi pacta inæqualitatem inter socios introducentia penitùs non valere, veriorem esse, quia, inquit, societas habet jus fraternitatis, ut pluribus ostendi, *supr. quæstion. 1. num. 2.* Quare secundum hanc societatis naturam magis verba hæc dubia ita erunt interpretanda, ut æquitatis rationi conveniant, quàm ut iniquitatem contineant, atque adeò naturæ contractus adversentur.

15 Nam † verba contrahentium secundum naturam contractus exaudienda sunt, *l. si stipulatus §. verum. de usur. l. damni, vers. Et quod in stipulatione, de damn. infect.* præsertim verò quando hac interpretatione æqualitati consu-

16 litur, quippe † cum æqualitatis consideratio ad colligendam mentem contrahentium plurimum momenti habeat, & ea semper interpretatio prævalere debeat, quæ æqualitati maximè est consentanea, *l. illud in fin. C. de collat. l. cum pater §. evictio. de leg. 2. l. quæsitum, §. sed etsi Papinianus, de fundo instruct. not. Bartol. per illum text. in l. si pater in princ. de donat. Decius cons. 41. col. 1. & consil 43. in fin. & cons. 122. in fin.* Denique licet ultra hactenus commemorata aliquod etiamnum subesset dubium: tamen sæpius dicta verba potius pro eo, ad quem duæ negotiationis partes pertinent, atque propterea plus periculi sustinet, quàm pro altero, ad quem tantummodo tertia spectat, interpretanda viderentur.

Tum quia is, ad quem duæ partes pertinent, de damno vitando certat, alter verò de lucro captando: semper † enim in interpretanda dubia volun- 17
tate contrahentium potior ducenda est ratio ejus, qui de damno vitando laborat, *l. Proculus, de damno infecto. l. juris ignorantia, & l. regula de jur. & fact. ignor. l. fin. §. licentiam Cod. de jur. deliber.*

Et † ea plerunque capienda est 18
interpretatio, per quam contrahentes, quoad ejus fieri potest, damnno minus afficiantur, *c. cum dilectus c. ad audientiam de Cleric. non resid. Alex. cons. 33. volum. 1.*

Tum † etiam quia is, qui mediam 19
lucri partem affectat, solis verbis instrumenti nititur. Nam regulariter interpretatio contra eum est facienda, qui verbis contractus nititur, *l. veteribus ff. de pactis l. Labeo de contrah. empt. l. quicquid astringendæ, de verbor. oblig.*

Cæterum etsi hæc atque id genus alia in opinionem istam speciosè quidem proferantur apud me tamen tantum non habent ponderis, ut mihi eam persuadere valeant, quin potius contra arbitror ea, de quibus sermo nobis institutus est, pacti verba etiam de ea pecunia intelligenda esse, quam absq; ullo propriæ obligationis onere B. confecerit.

Quod ut plenius demonstremus, ipsa, † verba pacti exactius consideran- 20
da erunt, quemadmodum in dubijs voluntatum quæstionibus observari plerunque solet, *l. jurisgentium §. pactorum, & ibi not. Dd. de pact. l. ita stipulatus, §. Chrysogonus de verbor. obligat. l. fin. ibi. tenor stipulationis inspicitur C. commun. utriusque judic. c. fin. ext. de verbor. signif.*

Ac primo quidem verba illa admodum generaliter atque simpliciter sunt concepta de pecunia conficienda,

21 da, vom Geldt auffbringen/ neque † porro de obligatione, nedum de cautione, à quo illa præstanda sit, vel cujus fides interponi debeat, ulla fuit facta mentio, quare vel ex hoc ipso verisimile sit contrahentes minimè de eo, cujus fides sive cautio intervenire, vel quis eo nomine obligari debeat, sollicitos fuisse, duntaxat ad nudum factum conficiendi pecuniam, quod ab ipsa obligatione est sejunctum respexisse.

22 Nam † sicut legum verba generalia generaliter sunt accipienda, *l. si in fin. C. de dotis promiss. l. 1. §. generaliter de leg. præstand.* neque admittenda est restrictio, ubi lex non distinguit, *l. de precio. de publican. l. 2. §. convenire de jud. l. quos prohibet, de postulando l. item apud Labeo. §. generaliter de injur.* Ita etiam verba generalia contractus generaliter sunt accipienda, *l. emtor. §. Lucius de pact. l. regula §. fin. de jur. & fact. ignor. l. à procuratore C. mandati cum similib.* usque eo ut omnia comprehendant, quibus verba conveniunt, *l. 1. §. loquitur de Magistrat. conven. l. 1. §. toties de damn. infect. l. hos accusare §. omnib. de accusat. l. quod constitutum de militar. testam. l. jam autem, de administr. tut.* Idem secundo magis denotat ipsa proprietas locutionis, conficere pecuniam Geldt auffbringen/

23 Cuivis † enim, qui Germanici Idiomatis non penitus est rudis, patet, quod mutuum ipsum à negotio conficiendæ pecuniæ plurimum differat, & quotiescunque de hoc ultimo, von Geldt auffbringen/ verba facimus, quod minimè contractum mutui, unde obligatio descendit, & ad quem cautiones pertineant, designemus, sed istud duntaxat significemus, ut is, qui pecuniæ conficiendæ curam suscepit, sedulò indaget atque expiscetur illos, qui pecuniam fœnebrem habent, & ad summum illis persvadeat, ut illi cujus negotium gerit, pecuniam mutuam det. Quo impetrato, muneri suo abundè satisfecisse censetur, neque amplius de eo sollicitus est, quemadmodum de mutuo porro conveniant, vel quomodo pro pecunia mutuo data caveatur, sed id omne deinceps inter creditorem & debitorem peragitur, ut proinde negotium pecuniæ conficiendæ cum ipso contractu mutui sive cautione eo nomine præstanda nihil commune habeat, sed hæc penitus sint separata. Minimè itaq; verba hujus pacti in eam sententiam retorqueri poterunt, quasi is, qui pecuniam procuravit, etiam suā fidem interponere debeat, quippe cum id nō tàm huic quàm illi, cujus nomine pecunia impetratur, & qui eam accipit mutuam, incumbat, sed potius juxta propriam eorum significationem intelligenda sunt de simplici ac nudo negotio pecuniæ conficiendę, quod à cautionis onere est sejunctum.

Si † enim unquam aliàs, certè vel maximè in dubiis voluntatum quæstionibus proprietas verborum consideranda & propriæ ipsorum significationi tenaciter insistendum, *l. si quis stipulatus sit Stichum. l. ita stipulatus §. Chrysogonus de verbor. oblig. l. fidejussor Magistratuum, §. cum pro Aurelio de fidejussor. l. fin. Cod. commun. utriusq; judic. c. cum dilecti, de donat. c. petitio. de procurat. l. semper §. legem, de jure immun. l. 1. §. licet autem, 20. de Exercitor. act.* Sunt enim verba ad hoc ordinata, ut voluntatem dicentis demonstrent, *l. Labeo. § idem Tubero de suppell. leg. cum multis aliis ad hoc propositum congestis à Curt. sen. consf. 48. in fin.* Hanc interpretationem tertio confirmat etiam quotidiana experientia. Nam cum seculo hoc egentissimo rei argentariæ magna sit difficultas, multos reperire licet, qui operam suam in eo duntaxat collocant, ut indagata pecunia fœnebri, egentibus viam ejus impetrandæ monstrent, ex quo magnum sæpè quæstum faciunt, neque tamen propterea fidem suam interponere, vel alioqui cavere tenentur, sed sufficit eos pecuniam fœnebrem indicasse, & negocium promovendo proxenetæ partes egisse, præsertim verò merca- 24

toribus magnas negotiationes exercentibus, cum id sine ære alieno facere nequeant, horum opera admodum est necessaria, usque eo ut magni beneficij loco habere soleant, si quis pecuniam fœnebrem ab aliis ipsis impetraverit, licet nullas obligationis partes susceperit. Secundum hanc itaq; communem atque frequentem hujus provinciæ consuetudinem verba hujus pacti accipienda erunt de ejusmodi conficiendæ pecuniæ ratione, quæ cum obligatione sive cautione nihil commune habeat.

25 Quando enim † ex verbis contractus non satis apparet, quid actum sit, tum id sequendum, quod in regione illa frequentatur, *l. semper in stipulationibus, de reg. jur.* & secundum consvetudinem loci contractus interpretandus, *l. quod si nolit, §. qui assidua. de adil. Edict. & in l. si fundus de eviction l. si prius §. placuit de aq. pluv. arcend. c. caterum de donat. Alex. cons. 22. num. 3. vol. 7. Corn. cons. 28. col. pen. vol. 2. Socin. cons. 111. col. 4. vers. sed & certè, & cons. 144. col. 2. vol. 1. Decius cons. 39. num. 12. Paris. cons 90. numer. 45. vol. 1.* Neque id solum in contractibus locum obtinet, sed & generaliter quævis dispositio à consuetudine loci interpretationem recipit, *Alex. in l. hujusmodi in princ. de leg. 1. & cons. 27. lib. 2. & cons. 107. col. pen. late Felin in c. cum me col. 3. & 4. de constit.* Ex quo etjam post alios, quos refert, generaliter scriptum reliquit, *Cagnol in d. l semper in stipulationibus num. 6.* quod omnis dispositio de mundo interpretationem capiat à consuetudine. Quarto idem etiam designant verba præcedentia, quibus socij de pecunia ab ipsis ad communem societatis utilitatem confecta convenerunt. Extra enim omnem dubitationem positum est, verba illa de ea pecunia intelligenda esse, pro qua socij omnes caveant, id quod etiam ex eo, quod communis societatis utilitas consideratur dilucidè apparet: Cum itaque hisce mox annectantur sequentia, quam tamen pecuniam B. confecerit, credibile sanè est, hæc secundum illa atq; adeò de pecunia, pro qua omnes socij fidem suam interponant, intelligenda esse.

Nam verba † præcedentia declarare solent sequentia, *l. si servus plurium, §. fin. de leg. 1. l. qui non militabat, §. Lucio, de hared. institut. l. Regula § licet, vers. initium constitutionis demonstrat. de jur. & fact. ignor.* 26 & † quotiescunque præcedentia sunt præparatoria sequentium, tunc semper videntur esse repetita in præcedentibus, *Bald in l. per retentionem C. de usur. quod refert Barbat. cons. 44. num. 11. vol. 2.* 27

Præsertim † verò quando ut in proposito tàm præcedentia quàm sequentia uno verborum ambitu determinantur. Nam tum vel maximè sequentia secundum præcedentia intelligenda, ut unam & eandem habeant determinationem juxta regulam, *l. jam hoc jure in princ. de vulgar. & pupill. l. hareditatem C. de impub. & aliis substit. l. in testamento C. de testam. militar.* Quibus insuper accedit, quod verba hæc ita sint connexa, ut ad interpretationem sequentium omninò necesse sit repetere verba præcedentia, Dem handel zum besten / etc. ad negociationis utilitatem. 28

Nam † vel ex hoc tantò magis colligitur, verba illa secundum qualitatem præcedentium intelligenda esse, cum plerunque quoties ex verbis præcedentibus quædam repetuntur, hæc repetitio omnes qualitates secum trahat, *l. Asse toto, de hared. instit. l. in testamento de condit. & demonstrat. Bart. in l. si quis servum, § fin. de leg. 2 & in l. 1. §. fin. si famil. furt fuisse dicatur, & in l. prætor ait, § erit q. hac differentia vi bonor. rapt. quem sequitur Imol. in clem. 1. circ. fin. de supplend. neglig. prælat. Bald. & Florianus in l. quemadmodum § hac verba ad l. Aquiliam.* Id quod etiam quinto denotat proprietas dictionis adversativæ *Tamen*, per quam sequentia annectuntur præcedentibus. 29

Quamvis

30 Quamvis † enim adversativæ dictiones plerunque diversum casum præcedentibus subjungant, solent tamen etjam qualitates casus præcedentis repetere, solis iis, in quibus manifestè refragantur, exceptis, *ut docet Bald. in l. omnes populi, col. 8. circa med. n. 21. de justit. & jur. quem sequitur Petrus de Anchor. in c. Canonum statuta. vers. quærit etiam Bal utrum unum Statutum, de constit. Alex. in l. filius à patre in prin. n. 6. ubi etiam Jas. de liber. & posthum. Jas. in l. planè, §. quod si rem nu. 3. de leg. 1.*

31 Ideoque † non omnino præcedentibus adversatur, sed ut solum, quæ sunt ejusdem generis, *Bart. in l. mariti §. fin. ad l. Jul. de adult. Alex. in d. l. filius à patre Jas. in l. jurisgentium §. quinimo n. 10. de pact. & in l. 2. n. 1. de re jud.* Ut igitur in proposito dictio adversativa hanc suā propriam naturam retineat, & præcedentibus adversetur in eodem genere, qualitatesque præcedentis clausulæ repetat, concludendum erit, quemadmodum præcedens clausula de pecunia, quæ societate fidem suam interponente conficitur, disertè loquitur, ita secundum hanc etiam sequentem clausulam de ejusmodi pecunia intelligendam esse. Sexto adminiculantur hisce etiam aliæ clausulæ instrumenti, dum videl. socij convenerunt, si alteruter ex ipsis plus quàm teneatur, ad societatem contulerit, quod tum ejus pecuniæ nomine vel Interesse ipsi præstari vel tantundem vicissim mutuo dari debeat. Item paulò pòst pacti fuerunt, alterutro sociorum portionem debitam non conferunte, integrum alteri esse debere, ut vel damni restaurationem petat, à socio cessante, vel ipse, quod alteri incubuerat, conferat, atq; lucrum pro rata pecuniæ collatæ expectet. Si enim verba hujus pacti, de quibus jam agitur, intelligenda essent de pecunia; quā B. cautione à semet præstita mutuo acciperet, tum illa pecunia pro ea haberetur, ac si ipsius fuisset propria & ipsemet, de suo in societatem contulisset, quemadmodum in sequenti fundamento demonstrabimus, atq; adeò locum inveniret alterutrum ex his, de quibus in supr. dictis clausulis fuit conventum. Quorum utrunq; cum penitus separatam habeat rationem ab eo, de quo sæpedictis verbis pacti fuerunt socij, non solùm magna inter ista pacta contrarietas & pugnantia sequeretur, sed aliqua ex his prorsus essent superflua & inania. Quod quia verisimile non est, ideo id quod de pecunia conficienda dicitur, potius, ut cum reliquis clausulis instrumenti conveniat, & ab iis rectè distingui possit, de ea pecunia intelligendum est, pro qua ipsa societas cautionem præstitit.

Verba † enim contractus semper ita interpretanda sunt, ne sint superflua, sed ut aliquid operentur, *l. 1. in princ. & ibi not. Quod metus causa l. 1. in fin. cum ibi not. Ad Municip. Bald. in rubr. C. de contrah. emt. quæst. 9.* Neque verisimile est contrahentes id, de quo alterutra harum clausularum convenerunt, in continenti corrigere voluisse, *l. non ad ea; de condit. & demon. l sancimus de testam.* 32

Sic † etiam ea semper est capienda interpretatio, per quam contrarietas & repugnantia evitetur, *ut ait Bart. in l. scripturas C. de fid. instrum. & in l. cum falsa in fin. C. de juris & fact. ignor. cum simil.* Non solùm autem sententia nostra verbis instrumenti hactenus consideratis, sed & aliis solidis juris rationibus confirmatur. Ac septimo quidem eandem svadet ipsa subjecta materia. Certum est enim hoc loco de ea pecunia agi, quæ in communem societatis usum converti debet, quare vel hac de causa meritò etiam verba hujus pacti erunt de ea pecunia intelligenda, pro qua socij omnes fidem suam interponerent. 33

Cum † verba contractus secundum materiam subjectam plerunque accipi soleant, *l. si uno in princ. ubi Bart. & Salicet. not. locati l. damni infecti in princ. de damn. infect. l. si stipulatus de usur. l. fin. C. de non numer. pecun.* usq; eo ut etiam ex 34

subjecta

subjecta materia verba sæpiùs impropriam significationem assumant, *l. sed etsi possessori §. item si juravero, ubi not. Dd. de jurejur. Alex. cons. 5. vol. 2. Decius cons. 278. Paris. cons. 26. num. 119. vol. 2. cum aliis ad hoc propositum congestis per Tiraquell. in l. si unquam verb. revertatur, num. 31. C. de revoc. donat.*

35 Facit huc † alia vulgata regula, quæ docet, talia esse subjecta, qualia prædicata demonstrant, *l. 3. in princ. de fund. instruct. l. si defensor, §. qui interrogatus de interrog. act. c. inter dilectos, ubi gl. verb. requisivissent, de fide instru.* Octavo hanc conclusionem plurimum confirmat ipsa societatis natura diligentius considerata. Non enim ambigendum est, quoties quis sua fide interposita aliunde mutuo accipit pecuniam & ad societatem confert, id pro eo habendum esse, ac si de suo tantundem conferret:
36 quippe † cum juxta naturam mutui pecunia mutuo data ejus efficiatur, qui eam accepit, *l. 2. §. appellata est, si cert. petat.* Neque in ejusmodi obligationibus unde originem pecunia, quæ mutuo datur, habeat, consideratur, *l. non unde C. si cert. petat.*

37 Consectarium † igitur est ad eum, qui talem pecuniam ultra portionem debitam ad societatem contulit, ratione hujus pecuniæ lucrum etiam pertinere. Æqualitatis enim ratio, quæ in contractu societatis potissimùm consideranda, postulat, ut lucrum pro rata ejus, quantum quisque ad societatem
38 contulit, dividatur, & † qui plus contulit, plus etiam lucri percipiat, *l. si societatem mecum cojeris, l. quod enim, l. si non fuerint, vers. si modo aliquid plus contulit pro socio gl. Jaban. Fabr. Angel. & Dd. in §. 1. Instit. de societat. Cyn. Bart. Bald. Salicet. Angel. & Fulgos. in l. 1. C. pro socio.* Quamobrem si hanc æqualitatis rationem, ut par est, sequi volumus, dicendum omninò erit, socium etiam pro rata pecuniæ sua fide mutuo acceptæ & in societatem collatæ, lucrum consequi debere. Idque veluti ad propositam facti speciem digitum intendens, docuit *Corneus cons. 311. vol. 3.* Ubi in casu, quo quis proprio nomine mutuo acceperat pecuniam, & ad societatem contulerat, disertis verbis ait, quia pecunia ista mutuo data transivit in dominium ipsius, *l. 2. §. appellata, si cert. pet.* & ipse est obligatus ad ejus pecuniæ restitutionem mutuo dantibus, & suo periculo erat pecuniæ interitus, *l. incendium, C. eod. tit.* ideò censendum est, quod ille posuerit pecuniam hanc ut propriam in societatem, & sic tanto plus censetur posuisse in societatem quàm alter socius, ac propterea etiam hoc respectu debet plus habere de lucro ex societate redacto per doctrinam supra traditam, quæ vult, quod qui plus confert in societatem, plus lucri percipere debeat. Idem sensit *cons. 212. vol. 4.* Ubi de socio, qui pecuniam suo periculo mutuo acceperat, & in societatem contulerat, sic inquit, si dicta pecunia mutuata fuisset de perdita vel ablata, ille subiret periculũ, & ipse solus erat obligatus reddere pecuniam mutuatam, ideo solus debet consequi lucrũ, quia ratio naturalis id inducit, ut qui subit damnum sentiat & lucrum, *l. secundum naturam de reg. jur. l. manifestissimi, § sin autem in secundam C. de furt. cum similib.* Nec potest contrahi societas, ut unus socius subeat periculum, & alter non, sed habeat partem lucri, *l. si non fuerint §. Aristo pro socio,* appellaretur enim societas leonina. Hæc Corneus: quæ quia casum hunc nostrum planè definire videntur, ideò verbotenus recensenda duximus. Jam (ut ista ad propositum etjam nostrum rectiùs accommodemus) si verba pacti, quibus conventum fuit, lucrum pecuniæ, quam B. confecerit, pro parte dimidia tantum ad ipsum, residium verò ad socium pertinere debere, de ea pecunia intelligenda essent, quam B. sua fide interposita mutuo acciperet, hæc inde sequeretur inæqualitas, ut contra naturam societatis lucrum non pro rata portionum divideretur,

tur, sed B. minus quàm contulisset, .verò plus perciperet, atque adeò c mediam illam partem lucri, quæ xta æqualtatis normam ad B. alioqui ectaret, cum maxima illius jactura onsequeretur. Quæ quidem inæqua-tas longè major atque iniquior est, ac ia, quam supra in nono argumento rioris opinionis consideravimus. Etsi nim eo etiam in casu, quando de pe-unia mutuo accepta, pro qua ipsa so-ietas cautionem præstitit, media pars icri ad B. spectat, hic plus lucri conse-uatur, quàm pro rata tertiæ partis ad ocietatem collatæ ad ipsum alioqui ertineret, quemadmodum supra di-imus: tamen quod ultra portionem lebitam consequitur, istud non frustra ercipit, sed in compensationem ope-æ atque industriæ, quam in investigan-la atque impetranda pecunia fœnebri osuit.

Nam † in lucro pro rata portio-num dividendo, non solùm pecunia il-lata, sed & maximè operarum ducenda est ratio, ut demonstravi *supra q. 1. nu. 15.* ideoque non rarum est, ut qui minus pecuniæ contulit, ratione tamen ope-rarum præstitarum tantum lucri con-sequatur, quantum socius qui plus pe-cuniæ contulit, æqualitatis nimirum ratione hoc exigente, *l. 1. ubi Bal. & Dd. C. pro socio l. 1. l. cum duobus § si in coeunda l. societatem, §. societas, d. l. si non fuerint, eod. tit. cum aliis in hanc sententiam con-gestis à Menoch. de arbitrar. judic. lib. 2. centur. 2. cas. 125.* Nulla igitur ex eo, quod is, qui in conficienda pecunia pluri-mum laboris sustinuit, ultra portio-nem alioqui collatam aliquid lucri consequitur, inæqualitas resultat, sed potius ipsa æqualitatis ratio postulat, ut in lucro dividendo etiam operæ & industriæ, quæ secundum *Cyn. in d. l. si non fuerint*, quandoq; tanta est, ut plus societati conferat, quàm pecunia, con-sideratur & pro merito compensatur. Contra verò si sæpedicta verba de ea pecunia, pro qua B. fidem suam inter-posuit, accipienda, & secundum ea di-midia illius pecuniæ ad ipsum, reliquũ verò ad A. spectare deberet, hic me-diam partem lucri, quæ ad socium jure pertineret, frustrà consequeretur, B. ve-rò debita sua portione absq; probabili causa privaretur. Prætereà juxta hanc nostram interpretationem duntaxat quæstio esset de dimidia tertiæ partis lucri, cum ex conventionis lege ad B. alioqui tertia pars lucri pertineat, atq; adeò is, quando dimidium lucri ex pe-cunia mutuò accepta ipsi attribuitur, ultra portionem debitam tantummo-dò dimidium alterius tertiæ partis con-sequatur, quod quidem si conferatur cum operis atq; molestiis, quas in con-ficienda pecunia sustinuit, tanti non est, ut aliquam introducere possit inæ-qualitatem, cum è contrario, si juxta priorem interpretationẽ pactum istud de pecunia pro qua B. cautionem præ-stitit, intelligendum esset, de dimidia parte agendum foret, quæ societatis ju-re ad B. spectans sine justa causa ipsi de-traheretur, atque alteri socio contra omnem æquitatis normam, attribue-retur. Ut proinde in aperto sit, prio-rem interpretationem longè majo-rem inæqualitatem & iniquitatem continere, quàm hanc nostram, quæ verba illa controversa de ea pecunia intelligit, pro qua ipsa societas cautio-nem præstitit. Ex quo porro consecta-rium est, etiam omnia illa argumen-ta, quæ ex æqualitatis consideratione desumta pro priori opinione adduxi-mus, magis nobiscum facere, & hanc nostram sententiam probare. Quinimò illa usque adeò eam fir-mant, ut vix ulla ratione labefactari queat.

Nam, † ut sæpè jam repetitum fuit, 40 verba contrahentium secundum natu-ram contractus ab iisdem celebrati in-telligenda sunt; *l. si stipulatus §. verum de usuris, l. dam. inf. Et quod in stipulatione, de damn. infect.* Etiamsi verborũ proprie-tas aliquo modo adversetur, *Bal. in l. A: procura-*

procuratore C. mandat. & in rubr. C. de contrah. emt. quæst. 9. Alex. conf. 60. num. 5. vol. 7. Bart. Socin. conf. 47. col. 3. verf. præterea magis. Potius enim impropriari debet natura verborum, quàm natura rerum, *ut ait Bald. conf. 357. lib. 3.* quin potius admittitur, ut verba contractus sint superflua, quàm aliquid contra naturam ejusdem concedatur, *Alex. conf. 21. num. 9. vol. 5. Paris. conf. 20. nu. 74. & conf. 119. num. 50. vol. 1. Zaf. conf. 8. numer. 38. vol. 2. Roland. à Vall. conf. 69. num. 41. vol. 3.* Ostensum autem fuit suprà, naturam societatis requirere, ut lucrum pro rata pecunia vel opera à quolibet sociorum collata dividatur, sequitur itaque sæpedicta verba, de quibus controvertitur, secundum hanc societatis naturam magis in eam sententiam ut lucrum ex pecunia mutuo accepta quæsitum, pro rata pecuniæ & operæ à conficiente pecuniam collatæ distribuatur, atque adeò magis de pecunia, quam alter sociorum, societate fidem suam interponente, mutuo accepit, interpretanda esse, qua de pecunia sua fide mutuo data. Cum præsertim hoc ipsum æqualitatis rationi maximè sit consentaneum.

41 Contra † verò si aliter & de pecunia, pro qua semetipsum obligavit, interpretaremur, maxima inde resultaret iniquitas. In dubiis enim voluntatum quæstionibus semper ea est capienda interpretatio, per quam iniquitate evitata res ad æqualitatis normam reducatur, *l. istud C. de collat. l. si id quod §. fin. de rescind. vendit. l. pen. in fin. C. commun. divid. Socin. conf. 98. Decius conf. 41. & conf. 47. & conf. 122. Cravett. conf. 133. num. 7. & 8. Roland. à Vall. conf. 100. num. 16. vol. 3.* Ubi multis probat, in dubio semper ita interpretationem fieri debere, ut contrahentium æqualis sit conditio. Et quod quævis dispositio ita accipi debeat, ne iniquitatem contineat, docet *Oldrad. conf. 66. Socin. conf. 302. col. 4. lib. 2. Decius conf. 286. col. 2. Cravett. conf. 186. num. 14.*

Atque hoc quidem argumentum ab æqualitatis ratione desumtum in proposito juxta hactenus commemorata multis aliis respectibus plurimum urget. Tum quia hîc versamur in contractu societatis, quæ fraternitatis instar obtinens, bonam fidem & æqualitatem maximè requirit, *l. in proposita, cum l. seq. pro socio, l. 3. Cod. eod. tit.* Tum quia ex ipsis verbis instrumenti dilucidè apparet, contrahentes æqualitati maximè studuisse, atq; de hoc expresse convenisse, ut lucrum pro rata portionis à quolibet sociorum collata distribueretur, ut proinde interpretatio illa, qua aliud introduceretur, tàm menti quàm verbis ipsorum adversaretur.

Cum tamen voluntas & mens contrahentium potissimùm † sit attendenda, *l. in conventionibus, de verb. signif. l. sed etiam Celsus §. si fundus de contrah. empt. not. gl. in l. blanditus, C. de fidejus. & in l. in venditione in fin. commun. prædior.* præsertim verò quando de eo, ut in proposito, ex verbis prolatis dilucidè constat, nam in ejusmodi casibus nulla interpretatio tanta esse potest, ut melior sensu existat, *ut inquit Imper. in l. 3. de liber. præter.* Tum deniq; quia si contrahentes vel maximè hoc voluissent, tamen hæc ipsorum voluntas propter magnam, quæ inde descendit, inæqualitatem ægrè sustineri posset. 42

Quippe † cum regulariter pacta, quæ inter socios inæqualitatem introducunt, & cum æqualitatis ratione pugnant, jure non subsistant, *d. l. si non fuerint. vers. si modò aliquid plus contulit societati, ubi not. glos. pro socio, cum aliis supra in quæst. 7. num. 2. adductis.* Et in specie ejusmodi pactum, quo conventum fuit, ut de pecunia, quam alter sociorum suo periculo mutuo acceperat, alter lucri partem percipiat, juris vigorem non obtinere, docuit *Corneus d. conf. 212. vol. 4.* 43

Non † igitur talis erit admittenda interpretatio, per quam voluntas ipsorum 44

m interverteretur contra *l. 1. in fin. d ut action. ab hæred. & contra bær. & l. i(q) ais de verbor. significat.* cum non verisimile contrahentes hanc viam igere voluisse, per quam actus ipsom impugnari posset, *l. 3. de milit. testm. cum simil.* sed magis conjectura minime fallaci probabile sit, eos sese um juris dispositione conformare oluisse, *l quoties l. ubi de rebus dubiis*, atue adeò secundum juris normam vadum potius, quàm invalidum actum erere voluisse.

Semper † enim ea est capienda interpretatio, per quam actus potius astineatur, quàm ut nullus reddatur, *quoties in stipulationibus de verb. oblig. l. l. 3. de militar. testam. l. si prætor. in princip. de judic. l. Divus de usu & habit. c. Abbate de verbor. significat.* Idque eatenus ocum obtinet, ut etiam à verborum propria significatione recedere liceat, quo actus robur suum obtineat, *not. glos. in l. & puto. §. 1 famil. hercisc.* quam dicit singularem *Baldus conf. 516. vol. 5. Abb. conf. 86. col. 6. lib. 2. Alex. conf. 284. num. 6. lib. 6. Socin. conf. 130. col. 3. vers. nec secundo loco.*

Quinimo † ut actus valeat, etiam à propria ejusdem natura receditur, *l. Qui concubinam §. qui hortos de leg. 3.* quem text. ad hoc allegat *Aretin. in l. hujusmodi de verbor. oblig. quem refert Dec. in l. postquam liti. numer. 13. C. de pactis cum multis aliis congestis à Cravett. conf. 52.*

Ideoq; hanc † interpretationem, quæ tendit ad sustinendum actum, reginam esse omnium interpretationum & omnes alias superare dixit, *Decius in cap. quoniam Abb. num. 16. de offic. deleg. & in l. in testamento num. 11. C. de testam. milit. quod dictum refert Alciat. in tract. præsumt. reg. 3 præsumt. 34. Roland. à Vall. con. 61. n. 27. vol. 3. & Cephal conf. 51. n. 39. vol. 1.* Multò itaq; magis in proposito nostro interpretatio ista locum habebit, cum non solùm natura contractus societatis, sed & mens & voluntas contrahentium, ac insuper verba quibus usi fuerunt, eidem plurimum suffragentur. Atque hæc pro stabiliendo octavo fundamento dicta sufficiant. Nono secundum ea, quæ jam firmavimus, rectiùs in hanc sententiam etiam accommodari poterit regula pro opinione priore adducta, quæ docet, eam † semper esse capiendam interpretationem, 49
per quam contrahentes, quoad ejus fieri possit, damno minus afficiantur, *cap. cum dilectus, c. ad audientiam de Cleric. non resid. not. glos. & Dd. in l. fin. §. in computatione, ubi Jas. Cod. de jur. delib. Cravett. conf. 33. num. 24.* Nam utrique contrahentium longè esse tollerabilius & minore incommodo eos affici, si verba illa, de quibus quæritur, de pecunia pro qua ipsamet societas cautionem præstaret, intelligerentur, quam si de ea pro qua B. solus fidem suam interponeret, accipienda forent, ex iis quæ in proximo fundamento consideravimus, ita manifestum est, ut alia probatione non egeat. Quinimò ex iisdem apparet, si verba illa eo detorquerentur, quasi alteri sociorum de pecunia, quàm B. sua fide interposita mutuo acceperat, media pars adscribenda esset, quod tum id eo loco habendum foret, ac si B. mediam illam partem, quæ ut supra probavimus, alioqui ad ipsum spectaverat, socio suo dono dedisset.

Quamobrem † decimo hanc no- 50
stram sententiam etiam corroborabit trita illa juris regula, secundum quam donatio nunquam est præsumenda, nisi de ea, ex manifestis verbis apparet, *l. cum de indebito de probat. l. si cum aurum, de solut. l. Campanus de oper. liber.* sed facilius error præsumitur, quam ut quis dono dedisse quid censeatur, *l. si cum te de pact. l. & si me putem, in prin. cum gl. de condict. indeb. Alex. in l. quæ dotis, solut. matrim. & in l. Titio de verbor. oblig.* Imò fatuitas potiùs, quàm donatio præsumitur, *ut dixit Bald. in l. generaliter, C. de non num. pecun. Alex. conf. 13. volum. 1. & conf. 19. col. 2. vol. 2. Decius conf. 350. col. 3. Cravett. conf. 142.*

conf.142.num.26. Cephal. conf.39.num.30. vol.1. Ultimo hæc omnia, quæ in præcedentibus aliquot argumentis consideravimus, in hac facti specie vel hac etiam de causa magis locum inveniunt quoniam ex ipsis verbis pacti apparet, ea potissimum in favorem atque commodum B. si pecuniam confecerit, ita fuisse concepta, atque socium alterum, hac ratione plus lucri ei attribuere voluisse, quam alioqui ex natura contractus initi, pro rata portionis illatæ consequi potuisset, quippe cum aliàs tantum tertia pars lucri ad ipsum pertinuisset, ex hoc verò pacto dimidiam petere possit. Nulla igitur ratione commoda pactum istud in maximum B. dispendium & jacturam eam poterit recipere interpretationem, quasi B. jure suo se abdicare, & id quod ad ipsum ex natura societatis pertinet, alteri gratis concedere voluerit. Et quod consequens est, neque etiam de pecunia, quam sua fide interposita confecit, intelligi poterit, siquidem juxta hunc sensum B. dimidiam partem lucri hac pecunia quæsiti, quæ alioqui ex natura contractus initi ad ipsum spectasset, socio suo adscriberet, atque adeo magno afficeretur incommodo: quod ultra ea quæ supra firmavimus, etiam idcirco minus admittendum, quoniam, ut in aperto est, menti atque intentioni contrahentium adversatur.

51 Nam † sicut generaliter inducta ad unum finem contrarium effectum sortiri non debent, *l. legata inutiliter de adim leg. l. 2. ante fin. de solut.* sic † vel maxi-
52 mè quod in gratiam alicujus conceditur, non est in ejus dispendium retorquendum, *c. quod ob gratiam de reg. jur. l. si judex de minor. l. 2. de l. commiss. l. Sabinus de in diem addict.*

53 Neque † etiam ad augendum adinventa diminutionem introducere possunt, *c. Abbate de verbor. signif. l. cum is. §. 1. de condict. indeb. cum simil.* quippe cum actus agentium ultra intentionem eorum operari non valeant, *l. non omnis in princip. si certum petat.*

His ita firmatis non erit difficile diluere omnia objecta in priorem opinionem adducta. Nam ad † primum ar- 54
gumentum quod attinet, cum à nobis probatum jam sit, negotium conficiendæ pecuniæ ac ipso contractu mutui penitus esse sejunctum, neque cum obligatione sive cautione quicquam habere commune, utique verba hujus pacti quæ de pecunia conficienda, von Gelde auffbringen loquuntur, effectum suum hoc ipso abundè consecuta esse videntur, postquam B. industria sua efficit, ut pecunia societati mutuo daretur. Neque enim effectus verborum ultra porrigi poterit, quam proprietas eorum postulat, quin potius verba propriè intelligenda, & ab eorum propria significatione non facilè discedendum per jura supra adducta. Idque tum potissimùm obtinet, quando alioqui, nisi proprietati verborum insisteremus, aliqua inter contrahentes resultaret inæqualitas, cum † potius tolleretur, 55
ut verba omni prorsus effectu careant, quàm ut inæqualitas aliqua inducatur, *Paul. de Castr. conf. 217. col. 1. lib. 2. Corn. conf. 119. col. 2. in fin. lib. 2. Cravett. conf. 70. numer. 29.* Vel ut alterutri contrahentium indebitæ damnum inferatur, *c. cum dilectus c. cum ad audientiam de Cleric. non resid. Alex. conf. 142. col. 2. lib. 5. & conf. 33. lib. 1. Decius conf. 374. num. 7. Cravett. conf. 3.*

Deinde † sufficit verba contrahen- 56
tium eum affectum habere, qui cũ ipsa natura contractus conveniat, *l. si legato serv. de leg. 1. per quem text. hoc tradit Jas. in rubr. de verbor. oblig. nu. 5. vers. sexto, & docuit Bald. in rubr. C. de contrah. emt. quæst. 9. Alex. conf. 21. n. 9. vol. 5. Socin. conf. 47. vol. 1. Paris. conf. 110. nu. 5. col. 1. & conf. 20. n. 74. vol. 1. Zas. conf. 8. numer. 38. vol. 2.* Præterea, effectus consideratio nunquam tanta esse potest, ut inde contra mentem contrahentium aliquid inferre liceat, quin † potius admittitur, verba ipsa

superflua esse, quàm ut inde contra untatem contrahentium quippiam èratur, *l. verbis civilibus, & ibi Alex. . notab. de vulgar. & pupill. Felin. in c. ta col. 3. de major. & obedient. Dec. cons. . Cravett. cons. 25. numer. 31. & d. cons. num. 29.* Quare cum in proposito n solùm ipsa verborum proprietas, l & æqualitatis ratio, atq; insuper nara contractus, quin etiam ipsa volun-s contrahentium hoc desideret, ut erba hujus pacti non de pecunia fide nius sociorum mutuo accepta, sed de , pro qua societas suam interposuit dem, accipiantur, nemini non patet, fectus considerationem ejus momen-esse non posse, ut propterea verba la in sensum penitus contrarium reorquenda sint.

Alterum etiam argumentum † ab ffectu desumptum in his tantummo-o procedit, quæ effectum respiciunt, ecus verò in aliis quæ originem conernunt. Nam tum argumento huic ocus non est, *ut declarat Bart. in l. constiutionibus, ad municipal. & in l. nec ei, §. fin. de adopt. Abb. in cap de uxore, de sepultur quos refert Everhard. in loc. ab effect. num. 7. vers. Hoc tamen nolite ignorare.* Jam verò in proposito ex iis quæ supra firmavimus, manifestum est, quoties de conficienda pecunia, von Geldt auffbringen / loquimur, quod tum minimè ad eum effectum quis pecuniam illam mutuo sumat, & eo nomine obligetur, sive cautionem præstet, sed duntaxat ad nudum factum procurantis, & impetrantis pecuniam, atque adeo ad ipsum initium & originem, quod quidem cum contractu mutui nihil habet commune, respiciendum. Quare argumentum istud ultra ea, quæ de effectus consideratione circa primum diximus vel hac de causa ad propositum nostrum minimè accommodari poterit, prout etiam ex iis quę mox dicemus apparebit.

Quæ † tertio, quarto & quinto loco considerata fuerunt, illa eò solum tendunt, pecuniam, pro qua societas se obligavit, ipsam societatem mutuo accepisse censeri, id quod facilè admittimus, quando ad ipsum contractum mutui & ejus effectum, obligationem videlicet, respicimus.

Et hoc respectu etiam rectè procedunt ea, quæ docet *Baldus & Corneus in locis supra adductis.* Atqui in themate nostro minimè de mutuo, neque etiam de obligatione sive cautione, sed duntaxat de nudo facto conficiendæ pecuniæ dictum fuit, in eum finem, ut ille, qui in procuranda pecunia operam suam præstitit, pro merito compensationem accipiat: quod quidem ab ipso contractu mutui & obligatione inde descendente, penitus † est se- 60
paratum, siquidem aliud est factum ejus, qui primo pecuniam investigavit, ejusdemq́ue mutuo sumendæ viam monstravit, aliud verò ejus, qui deinde contraxit & mutuo accipit pecunias, ut ipsa evidentia rei docet: pro quo faciunt, quæ de facto filij & servi diverso à facto Patris vel Domini traduntur, *in §. sed cum factum. Instit. de stipulat. servor. & in l. stipulatio ista. §. Hi qui. de verbor. obligat.*

Non igitur à contractu mutui ad ipsum factum conficiendæ pecuniæ tanquam à separatis argui, & quod consectarium est, neque argumenta illa à natura mutui desumta rectè huc accommodari poterunt, *arg. l. naturaliter, §. nihil commune de acquirend. possess. l. neq; natales Cod. de probat.* Dato præterea, unius socij factum in procuranda pecunia fictione quadam juris toti societati adscribi posse, nihilominus tamen reipsa verum est, eum qui pecuniam ab aliis impetravit, plus sustinuisse laboris atque oneris, atque propterea æqualitatis ratione, quæ in societatis contractu potissimùm consideratur, hoc exigente, compensationem operarum omni jure petere posse.

Nihil igitur hoc, quod factum unius socij alteri attribuitur impedit; quomi-

quominus verba huj. pacti quibus conficiendi pecuniã, ultra portionem debitã, aliquid lucri conceditur, etiã de ejusmodi facto commodè accipiantur. Nã quemadmodum illa regula, quæ docet, factum procuratoris pro facto Domini mandãtis habendum esse. Item illa quæ meo nomine gesta sunt, pro eo censenda ac si ego gessissem, ejus efficaciæ non est, ut idcirco procuratori nullum sit persolvendum salarium. Ita etiam regula ista, cujus vigore factum unius sociorum pro facto alterius reputatur, obstaculo esse minimè poterit, ne illi qui gessit, operarum nomine quicquam in societatis contractu adscribatur, neve hujus facti in distribuendo lucro justa habeatur ratio, &, quod consequens, nihil hoc objectum interpretationi nostræ factum istud in eum duntaxat finem consideranti derogare poterit.

61 Juris † enim fictio factum ipsum tollere nequit, *l. verum est, de reg. jur. l. in bello §. facti in princ. de captiv. & postlim. reversl. l. si ita quis de evict. auth. de æqualit. dotis §. 1. vers. Quæ igitur.* Minus urget sextum argumentum. Nam licet non negemus B. ipsum etiam sub præcedentibus verbis comprehendi, in quibus de ea pecunia dictum fuit, quam socij communi opera atque industria procurarunt, in sequentibus verò, ubi solius B. fit mentio de ea, quam ipse solus sine auxilio alterius socij confecit, inter quos casus cum maxima sit differentia, nemo non videt, præcedentia verba etiam quatenus personam B. respiciunt minimè superflua esse. Ut interim omittam, argumentum istud ejus momenti non esse, ut contra æqualitatis normam, & in detrimentum alterius, præsertim verò contra mentem & voluntatem contrahentium quippiam inde inferri possit, ut patet ex iis, quæ supra in responsione adprimum argumentum diximus.

De natura † adversativæ, quam septimo consideravimus, in quinto fundamento nostræ sententiæ dictum atq; ostensum fuit, considerationem illam magis nobiscum facere, quàm ut nos oppugnet. Nam etsi sequentia verba per adversativam præcedentibus annexa de pecunia, pro qua mutuo accepta societas cautionem præstitit, intelligimus, nihilominus dictio illa vim & proprietatem suam retinet, ut præcedentibus adversetur, dum videlicet ibi de illa pecunia dicitur, quam socij communi opera & conjunctim impetrarunt, in sequentibus verò de ea, quam B. solus procuravit. Item dum in priore casu lucrum pro rata portionis illatæ dividitur, in altero ad quemvis sociorum pertinet. Ut proinde hisce naturæ adversativæ, quatenus casum diversum præcedentibus subjungere solet, abundè satisfiat. Merito itaque & in aliis, quatenus videlicet censetur repetere qualitates clausulæ præcedentis, vim atque efficaciam suam conservabit, & quod consequens est, sequentia verba perinde ut præcedentia, de ea pecunia intelligenda erunt, pro qua mutuo sumta socij omnes communi nomine cautionem præstiterunt. Cum adversativa, iis solis exceptis, in quibus manifestè refragatur præcedentibus, in cæteris omnibus qualitates casus præcedentis repetere, & iis, quæ ejusdem sunt generis, adversari soleat per jura supra adducta. 62

Ad † octavum etiam argumentum à nomine proprio desumtum facilè responderi potest, Istud enim regulariter locum non habet, quando aliæ accedunt conjecturæ ex quibus verisimiliter apparet, nominis non fuisse habitam rationem, *ut est text. in c. requisivisti de testam. ex quo hoc not. Panorm. ibi. quem refert & sequitur Everb. in loco à nomine dignitat.* In proposito verò multæ concurrunt conjecturæ, ex quibus evidenter apparet, nominis hoc casu non ducendam rationem. 63

Hoc

Hoc enim primo ſvadent reliqua rba ſuprà conſiderata. Deinde æquaatis norma. Tertio natura contraàs. Quarto juris præſumtio, vigocujus contrahentes actum potius ılidum, quàm invalidum geſſiſſe cenntur. Denique ipſa mens atque vontas contrahentium ex probabilibus ɔnjecturis ſupra conſideratis veriſiıiliter collecta.

Non igitur † mirum, haſce præſumones ſimul junctas tanquam longè ɔrtiores eam, quæ ex ſolo nomine eſt eſumpta, vincere, *l. Divus de reſtit. i integr. l. non ſolùm, de rit. nuptiar. l. um de indebito. ubi not. Bartol. de probat.* ıt interim omittam, ideò in propoſito ıeceſſe fuiſſe, nomen proprium alteius ſocij exprimere, ut hoc ipſo conſtituatur differentia inter caſum, quo ɔmnes ſocij ſimul pecuniam ab aliis impetrarunt, de quo in præcedentibus verbis dicitur, & eum, quo unus ſolus negotium hoc geſſit.

Nono argumento abunde ſatisfactum fuit is, quæ in noſtram ſententiam ſeptimo loco adducta fuêre. Oſtendimus enim eo loci iſtud non ſolùm nobis non refragari, ſed & hanc ſententiam plurimum confirmare. Pari etiam ratione omnia illa, quæ ex lucri & damni conſideratione ultimo depromta fuerunt, facilè tolluntur atque retorquentur iis, quæ circa nonam & ſequentes rationes nobiſcum facientes ponderavimus.

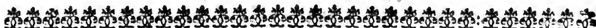
Ex † quibus etiam facilè ceſſat regula, *d. l. veteribus.* Hæc enim locum non habet, quando de mente contrahentium aliter apparet, *ut not. Bartolus in l. 1. ff. locati quem refert & ſequitur Decius in l. in contrahenda de regul. jur.* de mente verò contrahentium etiam

5 tum † conſtare dicitur, quando ea ex probabilibus conjecturis veriſimiliter colligitur, *ut not. gloſ. & Dd. in l. licet Imperator. de leg. 1. & in l. Quidam teſtamentum, de vulgar. & pupill. & in l. ſi tutor petitus, Cod. de peric. tutor. & in l. ſi quis locuples, de liber. legat. Roman. conſ. 7. numer. 3. Decius in rubr. extr. de probat. numer. 24. & conſ. 41. in fin. Curt. Jun. conſ. 53. numer. 10. Pariſ. conſ. 80. numer. 14. vol. 1. Cravett. conſ. 6. numer. 42. Cephal. conſ. 38. numer. 28. cum multis aliis collectis per Mandoſ. in addit. ad d. Roman. conſ. 7.* Multò itaque magis in propoſito de voluntate contrahentium liquidò conſtare cenſebitur, poſtquam illam tàm verba ſuprà conſiderata ſatis declarant, quàm etiam multa probabilia & veriſimilia argumenta, ex ipſa rei natura, & evidentia penè deſumpta, manifeſtam reddunt. Et quod porrò conſequens eſt, non ſolùm regula, *d. l. veteribus*, in propoſito locum non habebit, ſed nec etiam ex aliis, quæ ſubtilis diſputandi ratio etiamnum ſuggerere alicui poſſet, contra hanc manifeſtam contrahentium voluntatem quicquam poterit extrui.

Cum enim manifeſtiſſimus eſt ſenſus verborum, interpretatio nuſquam tantum valere poteſt, ut melior ſenſu exiſtat, *quemadmodum ait Imperat. Juſtinian. in l. 3. Cod. de liber. præterit.* Quæ omnia ſi fortaſſe cuipiam prolixiora videntur, quàm pro qualitate thematis propoſiti neceſſe fuiſſet, is ſciat, ideò hæc pluribus firmanda fuiſſe, quia non ſolùm graviſſimis contentionibus inter partes ipſas res hæc acta fuiſſet, ſed animadverti etiam alios doctiſſimos alioqui & Juriſperitiſſimos viros in contrariam reſpondiſſe ſententiam: ut hac ratione & nobis ipſis ſatisfaceremus, & ſimul oſtenderemus, nos ab illorum virorum auctoritate, quæ alioqui apud nos plurimum valet, non temerè, ſed veritatis ſtimulo adductos diſceſſiſſe. Amicus enim Plato, ſed magis amica veritas.

Hoc † etiam circa materiam iſtam 67 notatu dignum, in æſtimando & diſtribuendo lucro ex pecunia mutuo accepta quæſito, duntaxat ejus temporis, quo penes ſocietatem iſta pecunia

mansit, & donec ea reddatur, rationem ducendam, & qualis negociationis Status atque conditio tum fuerit, diligentius considerandum esse: quod quia pro negotiorum atque temporum qualitatibus variis obnoxium est mutationibus, ideò hoc secundum cujuslibet negotij circumstantias potius arbitrio boni viri æstimandum relinquitur, quàm ut in genere certò definiri possit, *quemadmodum disertè docuit Corn. d. cons. 311. in fin. vol. 3.* Non censeo, inquit, æquitati & arbitrio boni viri convenire, quod tantum huic pecuniæ mutuatæ sit adscribendum, quantum simili quantitati ipsius capitalis primo immissi. Cum illud capitale verisimiliter fuerit immissum, ut perpetuo, durante scilicet tempore societatis, in societate permaneret; sed illa pecunia mutuata verisimiliter fuit ad negocia societatis collata ad tempus, extrahenda postmodum de ipsa societate, quamprimum mutuantes repeterent, & fortè non diu stetit in societate, quantum itaque mereatur dicta pecunia mutuata ita posita in societate, recurrendum est ad arbitrium boni viri & judicium peritorum in ipso exercitio mercantiæ, tanquam ad judicium peritorum in arte, juxta ea quæ habentur *in l. 1. in princ. de ventr. inspic. & in l. semel C. de re milit. lib. 12. & in l. 1. si mens. fals. mod dix.* Hæc Corneus: quæ quia proposito optimè conveniunt, prætermittenda non esse duximus.



QUÆSTIO IV.

CUJUS SIT ELECTIO IN ALTERNATIVIS PROMISSIONIBUS EX pacto inter socios convento discutitur.

SUMMARIA.

1. *In alternativis electio est debitoris, etiamsi verba simpliciter sint concepta, num. 2.*
   Fallit quando verba executiva sunt directa ad creditorem nu. 9. licet contra sentiat Dynus num. 3. qui refutatur, num. 10.
   Item quando alternativa est apposita favore creditoris n. 12.
   Item in alternativa remediorum creditori competentium n. 13. Item in pœnis alternativè constitutis, nu. 14. Item quando res non est intregra, num. 15. Item si de voluntate contrahentium aliter apparuerit, nu. 18.
4. *In dubio standum est regulæ, cum illa rem certam facere censeatur.*
5. *Alternativa dictio rem dubiam reddit.*
6. *In dubiis minimum sequendum est. Nisi ex verbis aliud apparet, n. 21.*
7. *Interpretatio ea capienda ne contrahentes damno afficiantur: nisi verba per se sint clara & manifesta, n. 22.*
8. *Interpretatio pro eo facienda qui certat de damno vitando.*
11. *Opinio distinguens in dubio amplectenda.*
16. *Verba quando sunt clara conjecturis locus non est, & n. 20.*
17. *Interpretationem tantum recipiunt dubia non clara.*
19. *Exceptio tollit regulam in casu excepto.*

In ea-

IN eadem facti specie, de qua in præcedente Quæstione egimus, pacti fuerunt etiam socij, si alteruter eorum debitam portionem præfinito tempore in societatem non contulisset, quod tum in potestate alterius esse debeat, ut aut damni, quod inde accepit, æstimationem à socio repetat vel liceat ipsi residuam cessantis partem conferre, & lucrum vicissim pro rata ejusdem percipere, fuitque insuper additum, illum, qui in mora fuit, eo nomine conqueri non debere: So auch einer von jhnen seine gebührliche Einlage nach Nothdurfft des Handels nicht einlegen / vnd zu rechter Zeit entrichten würde / sol der haltende Theil sich an des nichthaltenden / seines Schadens zu erholen macht haben / oder der haltende mag solchen Hinderstandt / so der nichthaltende schuldig / erlegen / vnd den Gewinst nach rata der Außlage nehmen / darinnen sich der nichthaltende keines weges zubeschweren haben soll. Cum deinde, altero eorum integram portionem non conferente, alter residuum ad communem societatis utilitatem persolvisset, atque propterea lucrum pro rata ejusdem peteret, alter verò, qui in mora fuerat, contra æstimationem damni potius præstare mallet, fuit dubitatum cujus esset electio.

1 Cui † quidem dubitationi causam præbebat, primò trita illa juris regula, quæ docet, in alternativis electionem esse debitoris, *l. plerunque §. fin. de jur. dot. §. hunc autem, Instit. de action. l. si hæredi plures, de condit. instit. l. si ita distrahitur, l. si in emptione, §. fin. de contrah. empt. l. Non utique, §. qui Stichum, de eo quod certo loco cap. significavit, de appellat. cap. in alternativis de regul jur. lib. 6.* Nam etiam hujus pacti verba alternativè sunt concepta, & debitoris partes is sustinet, qui in mora fuit, quare ad hunc potius, quàm alterum electio spectare videtur, quippe cum regula ista potissimùm in contractibus locum habeat, ut per prædicta jura, *not gloss. in l. Lucio Titio 23. de leg. 1. quam sequuntur communiter Interpretes ibi & Imol. & Felin. in cap. inter cæteras de rescript.* qui eam meliorem omnibus alijs appellant: usque † eò, ut etiamsi in contra- 2
ctibus verba non ad debitorem directa, sed simpliciter concepta essent, tamen electio debitoris sit, licet contra sit in ultimis voluntatibus, in quibus nisi verba ad hæredem, ut debitorem, directa sint, electio est legatarij, *d. l. Lucio Titio & post gloss. ibi.* ita † declarant 3
Dynus in d. cap. in alternativis, & Imol. atque Felin. in d. cap. inter cæteras. Quinimò idem in contractibus obtinere, licet verba ad creditorem referantur, sensisse videtur *Dyn. in d. cap. in alternativis*, dum ibi tantummodo in legatis distinguit, utrum verba ad creditorem sint relata nec ne, in contractibus verò absque illa distinctione generaliter concludit, in alternativis semper competere electionem debitori.

Cumque † hoc ita regulariter pro- 4
cedere soleat, non amplius videtur ambigendum, quin in proposito etiam debitori competat electio. In dubio enim secundum regulam juris est judicandum, *l. ab ea parte de probat. l. quæsitum, §. deniq., ubi Bartol. de fund. instruct. & instrument. legat. § ut autem, in auth. de non alienand. Jas. in l. fin. num 9. Quod quisque jur. Decius in l. 1. numer. 6. de regul. jur.* quippe is qui juris regula nititur, censetur habere intentionem fundatam, *l. 2. ubi Bartol. Jas. & Dd. si quis in jus vocat. non ierit, l. suus quoque vers. puto de hæred. instit. cap. venerabilis, §. potius quoque de sentent. excommun. libr. 6. gloss. & Dd. in l. omnis definitio de regul. jur. latè Tiraquell. de retract. §. 1. gloss. 9. numer. 209.*

Et res dicitur esse certa pro eo qui regulam juris pro se habet, ut ait *Bartolus in l. quoties si quis cautio,* quem refert *Matthesilan. in not. 19. Dec. in d. l. 1. numer. 6. de regul. jur. & cons. 8. numer. 1.*

FFF 4 ubi

ubi inde infert, quod sententia lata certam regulam tanquam manifestum juris errorem continens ipso jure nulla sit. Ideoque regulam juris tenaciter observandam esse, nisi in contrarium appareat dispositio specialis, dicit *Bald. in l.si tutor in fin. C.de serv.pign. dat. manum.* quod refert *Jason.in l.dedi.§.1. numer.4.de condict. caus.data.*

5 Deinde pro opinione ista considerari potest, quod † ipsa natura dictionis alternativæ hunc casum dubium & incertum reddat, utrum ex his duobus remedijs sit eligendum. Nam dispositio alternativæ dicitur esse incerta, licet quodlibet membrum ejus certum contineat, *l.ubi autem non apparet §. Qui illud aut illud, de verbor.oblig.* ubi hoc not. *Dd.& Berous in c.de causis num.63,de offic. de leg.*

6 Locum itaque inveniet alia vulgata juris doctrina, in obscuris † semper id quod minimum est, sequendum esse, *l.semper in obscuris de reg.jur. c.in obscuris eod.tit.lib.6.* Idque non solum in ultimis voluntatibus procedit, *l.num is de leg.1.l.apud Julianum §.suo l.ita scriptum sit in fin. de leg.1.* sed & vel maximè in contractibus locum habet, *l.inter stipulantem, § si stipulante l. si stipulatus fuero decem.de verbor. oblig. l.si fidejussor l.2. mandat. l.si quid venditor in fin. de ædilit. edict.l.fin.de prætor.stipulat.ubi glos.* notat, judices semper sequi debere, quod minus est. Certum est enim, longè mitius atque tollerabilius esse, si electio debitori relinqueretur, quàm si creditori integrum esset pro libito ipsi leges præscribere.

7 Quamobrem † pertinet huc etiam quod passim tradi solet, in dubio eam capiendam esse interpretationem, ut alteruter contrahentium quoad ejus fieri possit, damno minus afficiatur, *c. cum dilectus c. ad audientiam de Cleric.non residentibus not.glos.& Dd. in l.fin.§. in computatione, ubi Jason.col.fin. de jure deliber. Alexand.conf. 33. vol.1. & 142.col.2.vol.5.Decius conf.374.num.7.* Nam etsi debitori electionem demus, tamen nullum inde creditor sentit damnum, quamcunque alter viam elegerit, cum econtra in maximum debitoris incommodum cedere possit, si ad id, quod creditori placuerit, obstrictus esse debeat. Potest præterea non incommodè dici eum, qui pro pecunia pro alio exposita compensationem petit, de lucro captando certare, alterum verò de damno vitando laborare, atq; propterea hoc etiam respectu hujus potius quàm illius rationem habendam atque electionem in casu dubio ei adjudicandam esse:

Cum † semper favorabiliores partes sint ejus, qui sollicitus est de damno vitando, quàm qui de lucro captando laborat, *l. Proculus de damn. infect. l.si is cui.§. fin. de furtis l. juris ignorantia & l. regula in princ.de juris & facti ignor. l fin. C.de codicill. l.fin. §.licentiam C.de jur.deliber.* quippe cum longè satius sit, aliquem non lucrari, quàm alium damno affici, *l. At si quis §.sed si adita, de relig. & sumpt fun.Paul de Castr.conf.106. lib.1.* Ideoque interpretatio magis pro eo facienda est, qui de damno vitando laborat, ut istud evitet, quàm pro altero, qui lucrum captat, *l. si idem cum eod.§.f. Ne in potestate de jurisd.omn.jud. l.sed etsi pupillus §. Item si cum plures de institor. action. Paul. de Castro, conf.205. in fin. & conf.285. volum.1.* Id quod usque eò verum est, ut etiamsi verba repugnare videantur, tamen fugienda esset interpretatio, per quam altera pars damno afficeretur, ut ait *Calderinus conf.ultim. col.1.post medium vers.Item quia si teneremus,de donat.* quem refert *Cravett. conf. 245. num.9.* 8

Veruntamen hisce atque similibus non obstantibus, secundum ea quæ proponuntur, existimandum erit eum, qui socio cessante residuam hujus portionem persolvit, eligendi facultatem habere, atque propterea, si malit, lucrum pro rata illius portionis collatæ, petere posse. Nam si verba pacti considerave-

deraverimus, primo apparet, illa quatenus dictum fuit, in potestate ejus, qui servando contractum pro altero solvit, esse debere eidemque licere, Daß der haltende Theil macht haben soll/ oder daß er mag/ atque ita executiva esse directa non in personam ejus, qui in mora fuit, sed potius ejus, qui contractui stetit.

Quamobrem non tàm regula de alternativa dictione suprà adducta in proposito locum inveniet, sed potius exceptio ejusdem, secundum quam plerunque
9 † electio ejus esse solet, ad quem verba executiva diriguntur, quicquid alioqui natura alternativæ dictionis exigat, *ut not gloss. in d. l. Lucio Titio 24. de leg. 2.* Inde concludens, quod etsi in legatis regulariter electio sit legatarii, tamen secus sit, quando verba sunt directa ad hæredem, utputa quia testator dixit, hæres dato, videtur enim hoc ipso electionem dedisse hæredi, *l. fin. §. planè de leg. 1. & glos. istam sequitur Bartol. ibi ea quæ de legato gloss. dixerat*, ad contractus extendens. Ita etiam, inquit, distinguitur in contractibus, scil. ad quem verba executiva referantur, ut probatur *in l. si sic stipulatus fuero, & l. si qui stipulatus, de verbor. obligat.* Ita etiam gloss. illam declarat, idem *Bartol. in d. l. si sic stipulatus fuero*, inquiens, quod per illam legem declaretur *gloss. in d. l. Lucio*, ut in contractibus periнde, ut in ultimis voluntatibus, is ad quem verba executiva referuntur, habeat electionem. Eandem gloss. doctrinam tàm in contractibus quàm in ultimis voluntatib⁹ generaliter sequitur *Johan. de Imol. in cap. inter cæteras, num. 3. extr. de rescript.* ubi inde ait gloss. illam esse valde notabilem & meliorem de Corpore juris, quod refert & probat etiam *Felin. ibi. num. 2.*
(a) *vers. Fallit primò.* (a) Idem generaliter docuit *Bald. in l. Qui duos, de leg. 1.* ubi postquam dixerat, tàm in legatis quàm in contractibus electionem ejus esse, ad quem verba executiva referuntur, deinde subjungit & concludit, quod verba executiva in aliquem directa semper dant ei electionem & executivam circa hoc potestatem, sed ubi dispositio continet dispositivum & non executivum in aliquem relatum, tum est distinguendum circa electionem, videlicet inter contractus & ultimas voluntates: atque ex hoc scriptum reliquit idem *Bald. in l. fin. col pen. in princ. vers. quare in isto C. de petit. hæred.* quod in alternativa exigendi sit electio agentis, in alternativa verò solvendi electio debitoris. Hanc regulam etiam tradidit *Angel. & Jason in d. §. Huic autem Instit. de action. Jason in l. planè, §. si ita Titio de leg. 1.* ut proinde ex hisce evidens sit, doctrinam istam communi Interpp. calculo esse approbatam.

Quare † secundum eam etiam interpretanda erunt verba *Dyn. in d. cap. in alternativis*, ut licet is tantū circa legata distinguat, ad quem verba referantur, eadem tamen distinctio etiam in contractibus admittatur, quemadmodum verba *gloss. in d. l. Titio, decl. Bart. ibi.* Et quicquid alioqui ex verbis Dyni extrui posset. Verùm istud, quod paulo ante asseruimus, præterquam quod communiter ab interpretibus est receptum, etiam hac de causa magis amplectendum foret, quoniam hac ratione materia ista plenius distinguitur. 10

Nam majorem † semper obtinet auctoritatem opinio Interpretis distinguentis, quàm indistinctè loquentis, *argument. l. adeò, §. cum quis vers. & tamen media sententia de acquir. rer. domin. l. si finita §. illud, de damn. infect. glos. in c. quærente de offic. deleg. not. Sal. in l. filia cujus pater c. famil. hercisc. Ludov. Gomes. in §. Item si quis postulante, num. 31. Instit. de donat. Riminald. in princ. Instit. de donat. num. 13. antiq. edit. Gratus in respon. 63. nu. 26. lib. 1.* 11

Secundò ex verbis hujus pacti evidens est, de hisce duobus remediis potissimùm favore ejus, qui contractum servat, ita conventum fuisse, ut huic

huic rectius caveatur & consulatur, ne aliquod damnum ex mora alterius sentiat. Ad hunc igitur potius, quàm ad socium spectabit electio: cum regula-
12 riter † in contractibus, quando alternativa est adjecta in favorem creditoris electio ejus esse soleat, ut docet *Bartolus in l. Quamvis in princip. de pign. action.* inde concludens, quod si debitor alternativè promisisset, vel solvere vel dare pignora, hoc casu electio sit creditoris, quoniam, inquit, alternativa est apposita in favorem creditoris: & hanc doctrinam sequuntur *Alber. Fulgos. Paul. de Castr. & Dd. ibi & in l. 4. §. ex conventione, ubi etiam Alexand. & Jason. num. 6.* qui eam communiter receptam esse ait, *de re judic. & in l. cum proponas, C. de transact. & in l. Quod favore, ubi Salicet. C. de ll. Bald. in d. l. fin. col. pen. in princ. C. de petit. hæredit.* ubi pro regula tradit, in alternativa dispositione semper esse electionem ejus, in cujus favorem apponitur. Idem ab omnibus approbari asserit, *in l. 1. num. 5. & 6. Qui satisd. cogant. Alexand. in l. qui duos, de leg. 1. Salicet. in l. quod favore C. de ll. Jason. in l. 1. col. 2. Qui satisd. cog. Angel. & Jason. & Zasius in d. §. Huic. Instit. de action. Felin. in d. c. inter cæteras, vers. fallit secundò, Decius cons. 12. num. 2. Everhard. in loco à natura alternativa numer. 7. vers. Tertiò fallit.* (b)

(b)

Et quamvis Jason. in jam dictis locis hanc doctrinam, quam ipsemet communiter receptam esse fatetur, vellicare conetur, quod pluribus etiam facit Decius *in d. c. inter cæteras,* tamen horum rationes magis tendunt contra decisionem Bartol. supra relatam, quasi in illo casu alternativa non videatur apposita in favorem creditoris, quàm ut regulam nostram impugnare queant, atque interim iidem nihilominus admittunt, ubi apparet alternativam appositam in favorem creditoris, quod tum ejus sit electio.

Quæ quidem doctrina tertio loco in proposito vel ideo magis locum invenit, quoniam manifestum est hisce verbis alternativis duo diversa concedi remedia, quibus is, qui stetit contractui, contra alterum moram committentem uti possit.

Nam regulariter † in alternativa remediorum electio est actoris, ne videlicet in potestate rei sit, creditorem agentem impedire, ut est text. ex quo hoc not. *Bartol. Jas. & Dd. in l. Non utique in princ. de eo quod certo loco, & in l. Quod hæredem, §. eligere, de tributor. acti. Bald. in l. unica, in 10. opposit. C. si servus extra. Alexand. in l. cum proponas col. vers. In glos. magn. & ibi etiam Jason. in fin. C. de transact. ubi Alexand.* ait, hoc communiter teneri atque sequitur etiam Berous *in c. 1. numer. 192. de judiciis.* 13

Accedit hisce quartò, quod de his duobus remediis tanquam in pœnam ejus, qui in mora fuit, convenisse videntur socii.

In † iis enim, quæ pœnæ nomine alternativè statuta sunt, reus eligendi facultatem non habet, *ut not. glos. & Dd. in c. A crapula, de vita & honest. Cleric. Bartol. & Salicet. in l. quicunque C. de servis fugitiv. latè Panorm. & Felin. in d. c. inter cæteras de rescript. Everhard. in d. loco à natur. alternat. nu. 5. vers. secundò fallit.* 14

Quintò si speciem facti propositam penitius consideraverimus, facilè deprehendemus, hujus negotii non amplius eum esse statum, ut de illo quærendum sit, utrum ex hisce duobus remediis, de quibus convenerunt socii, eligendum, sed cum alter sociorum portionem alterius cessantis jam ad societatem contulerit, atque adeò res non amplius sit integra, ex ipsis verbis pacti necessariò sequitur, illi etiam pro rata hujus portionis lucrum competere, quippe cum de hoc solo in istum eventum pacti fuerint socii, & quod consequens est de electione, utri sociorum illa competat, frustra laboratur.

Nam † quando alterutrà rerum 15
alter-

alternativè promissarum amplius non est integra, tum etiam in casu, ubi alioqui electio ad debitorem pertineret, eligendi facultas ultrà non competit, ut est *text. ex quo id not. Bartol. Jason. & Dd. in d. l. non utique in princ. de eo quod certo loco.*

Et ne quis fortè dicat, hoc ipsum, quod cessantis portionem contulit, non jure ab ipso factum fuisse, sed expectare eum potius debuisse, donec cessans alterutrum eligeret: Ex ipsis verbis pacti (id quod sententiam nostram ultimo loco plurimum confirmat) clarè & dilucidè apparet, in libero ejus arbitrio situm fuisse, utrum ex his duobus remediis, de quibus convenerunt, eligere voluerit, tum quia contrahentes pacti fuerunt, in potestate ejus esse, vel ei licere debere, Der haltende Theil soll macht haben/ oder mag.

Hæc enim verba expresse designant, eum, qui contractum servavit eligendi facultatem habere, cum alioqui in potestate ejus non esset, hoc vel illud faciendi quoties voluntatem alterius sequi, & quid is elegerit, expectare teneretur: Tum quia in fine additum fuit, eum qui in mora fuit, hac de causa nullo modo conqueri debere.

Nam si utrum ex his fiat, jure conqueri non potest, sed istud patienter ferre tenetur, qua quæso ratione electionem sibi vendicare, & alterum impedire poterit, quo minus quod ipsi placuerit, eligat: Ut proinde hîc manifestis verbis omnis eligendi facultas cessanti penitus adimatur, eademque alteri sociorum concedatur, atque adeo nulla amplius probabilis possit subesse dubitandi causa.

16 Nam † ubi verba contractus sunt clara, argumentis non est locus, sed verbis simpliciter insistendum, *l. non aliter in princip. l. ille aut ille, §. cum in verbis, de leg. 1. l. si alii in fin. ibi plus valet scriptura de usufruct. legat. l. Nepos Proculo. de verbor. obligat.*

Quippe † cum illa duntaxat interpretationem admittant, quæ sunt dubia, non autem quæ clara sunt, *l. voluntatis, ubi hoc not. Bald. Cod. de fideicommiss. Baldus in l. certo generi, §. 1. per illum text. de servitut. rustic. prædior. refert Jason. in l. quicquid astringendæ, numero quarto, de verbor. obligat.* 17

Et † in specie quod etiam in casu, ubi alioqui electio ad debitorem pertineret, tamen res aliter sese habeat, quando apparet contrahentes voluisse electionem concedere creditori, probatur *in cap. mandato in fin. de prabend. libr. sexto*, & docuit Cardinalis *in d. c. inter cæteras*, quem referunt & sequuntur *Johan. de Imol. & Felin. ibi & Everhard. in d. loco à natur. alternat. numero septimo, vers. Quintò fallit.* Neque sanè mirum, cum contractus ex conventione legem accipiant, *l. contractus, de reg. jur. in ff. & lib. 6. l. 1. §. si convenerit depositi.* 18

Atque ex his, quæ pro confirmatione hujus posterioris sententiæ fuerunt adducta, tolluntur atque diluuntur etiam omnia argumenta prioris opinionis, ut alia refutatione opus non sit.

Abundè enim demonstratum est, nos hîc non versari in terminis regulæ suprà adductæ, sed potius in his locum sibi vendicare exceptiones paulò ante consideratas, quarum
† natura est, ut regulam in casu excepto tollant & efficiant, ne officio 19
suo fungi possit, *l. in his ubi Bartol. de leg. leg. 1. ubi latè Decius & Cagnol. de reg. jur.*

Fuit

Fuit etiam insuper ostensum, casum nostrum in sententiam paulò ante firmatam non solùm rationibus consideratis, sed & ipsis verbis instrumenti ita clarè decisum esse, ut nulli argumento in contrarium adducto, quantumvis verisimili locus esse possit, quippe cum † omnia argumenta cessent, quando verba sunt clara & manifesta, *l. continuus, §. cum ita de verbor. obligat. cap. quicunque 80. distinct. cap. Qui sedem de sponsal.* usque eò ut etsi aliquid verisimile sit, tamen quando contrarium manifestè apparet, à verisimili recedatur, ut inquit *Baldus in l. 1. Cod. Qui & adversus quos.* Ideoque etiam Ulpianus *in l. semper in stipulationibus, de regul. jur.* generaliter respondit, in † contractibus semper id sequendum, quod actum est, & tandem quando de eo non apparet, subjungit, ad id quod minimum redigenda summa est, innuens nimirum regulam suprà adductam, quæ docet, minimum sequendum esse, tum demum procedere, quando ex verbis de voluntate contrahentium non satis apparet: ex quo regulam illam duntaxat in subsidium locum habere rectè dixit *Decius & Cagnol. ibidem.*

20

21

22 Sic † etiam quando de voluntate contrahentium ex verbis prolatis apparet, damnum sive incommodum, quod alteruter eorum inde sentit, amplius in considerationem non venit, sed locum potius habet istud vulgatum, legem quam ipse dixisti, serva, *l. legem quam, C. de pact. l. 1. Cod. de pact. convent. l. legem quam, Cod. de donat.* Item licet durum hoc sit, tamen lex ita dicta est, *l. prospexit, qui & à quib.* Ideoque rectè dixit Baldus, quando verba contractus clara sunt, etiamsi ea dura sint, tamen cavillationes Advocatorum locum habere non posse, *Bald. consil. 174. lib. 2.* quod dictum refert *Craveit. cons. 105. nu. 2.*

Præterea si rectè hujus negotii qualitates consideraverimus, nullam sanè is, qui in mora fuit, justam conquerendi causam ex eo habere poterit, quod alter pro rata pecuniæ pro ipso collatæ lucrum percipiat, cum hoc non solùm æqualitatis norma, quæ in societatis contractu potissimùm est consideranda, exigat, sed & hæc via longè sit benignior, quàm si alter socius hoc prætermisisset & damnum pecuniæ non illatæ nomine repetiisset à socio, quemadmodum hoc disertè docuit *Paul. de Castro, consil. 269. volum. 2.* Quia, inquit, ille de hoc non sentit damnum, licet nec lucrum, *l. ait prætor. §. simili modo. Quæ in fraud. credit. l. 1. §. si manumisero in fin. quar. rer. act. non detur.* Ut proinde vel hac de causa argumenta à consideratione damni evitandi desumta in proposito tantò minus locum inveniant.



ADDITIO

ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(a) *Caballin. Milleloq. 80.*
(b) Adde copiosissimè *Maran. in repet. l. si actor. num. 41. & num. 33. de procur. Coler. de process. execut. part. 1. ca. 8. num. 29. 30. Caballin. Milleloq. 577. Anton. de Padill. in l. cum proponas num. 9. C. de transact. Joh. Baptist. Asin. de execut. §. 7. c. 268 Rota. Lucens. decis. 104. vers. sed his. Moller. lib. 1. semestr. c. 27. Vide Surd. decis. 113. Fran. Vivium decis. 485. numero sexto.*

QVÆSTIO V.
DE EVICTIONE, AN ET QVANDO ET QVOMODO SATISDANdum sit, an item fidejussores extranei admittantur: & quomodo consulatur emptori qui de evictionis cautione non satis sibi prospexit in venditionis contractu.

1. *Evictionem præstat venditor licet de ea nihil dictum sit: ita ut ejus nomine cavere debeat reprommissione & instrumento, nu. 2. non autem fidejussoribus aut pignoribus, num. 4. etiam imminente evictione, num. 5. nisi in limine contractus immineat, nu. 15. aut de eo in principio convenerit, numer. 6. aut consuetudo hoc postulet, num. 14. vel in solutum res data sit, num. 16. aut venditio à Principe confirmata sit, ut sine ratione affirmant Dd. num. 17.*
3. *Obligatus ad dandum aut faciendum aliquid, eo nomine instrumento cavere tenetur.*
5. *De evictione agi non potest, nisi re plane ablata.*
6. *Cautio evictionis nomine qualiter præstanda.*
7. *Fidejussores diversi fori in eodem tamen loco habitantes admittuntur ad satisdationem evictionis nomine promissam. Non autem alibi habitantes etiamsi renuncient fori præscriptioni, num. 10. & 11. nisi habeant bona in loco contractus, num. 12. aut satisdandum sit ex consuetudine, numero 14.*
8. *Fidejussor etiam diversi fori in contractibus admittitur cum declarat, ut ibi conveniri possit.*
9. *Promittens emere prædium, in quo hypothecam habeat, creditor tenetur emere in foro creditoris.*
11. *Renunciatio privilegii fori quatenus idoneum fidejussorem extraneum reddat.*
13. *Forensis quis dicatur.*
17. *Confirmatio vices negotii principalis, non extendit, sed secundum id intelligitur.*
18. *Pater vendens rem adventitiam filii, non tenetur cavere fidejussoribus aut pignoribus de evictione contra quosdam.*
19. *Cautio evictionis nomine perpetua est, nec fidejussor qui in ea stetit propterea liberatur.*
20. *Emtor licet evictionis nomine agere non possit,*

possit, tres tamen alias actiones habet, & quas.

21. *Venditor locuples sub hypotheca bonorum suorum sufficienter cavere dicitur nec ad fidejussores dandos cogi potest.*

1 DE † evictione etsi venditionis tempore nihil dictum sit, ejus tamen nomine ex ipsa contractus natura emtori non solùm devinctus est venditor, *l. non dubitatur, C. de evict. l. si de evictione, eod. tit. l. ex*
(a) *empto. de action. empt.* (a)

2 Sed etiam † de evictione repromittere tenetur: usque eò ut licet in venditione nulla evictionis facta fuerit mentio, emptor tamen quocunque tempore ex empto actione instituta adigere possit venditorem, ut de evictione repromittendo caveat, *l. ex empto §. & ex empto. de action. empt. l. si duo. §. si quis juraverit, de jurejur. Paul. de Ca-*
(b) *stro. cons. 207. vol. 1.* (b) & quis sit hujus repromissionis sive cautionis effectus, declarat *Mudæus in l. cui res, cap. ut de evictione caveatur, num. 1. eod. tit.* Neque repromittere tantum, verum etiam instrumentum evictionis promissæ gratia conficere & emptori tradere cogitur venditor, ut concludunt *Dd. in l. Julianus, §. qui fundum, ubi Jas. numer. 6. de verbor. obligat. & Paul. de Castr. d. cons. 207. num. 4.*

3 Quippe † cum regulariter is, qui ad dandum vel faciendum aliquid tenetur, hoc nomine instrumento cavere creditori debeat, *l. plures Apochis Cod. de fide instrum. l. sicut datam & ibi Bald. Cod. de liberal. caus. Bartol in l. 3. de condict. ob caus. Alexan. in l. si finita §. eleganter, col. penult. de damn. infect. Natt.*
(c) *cons. 382.* (c)

4 Ut autem † propter evictionem fidejussoribus vel pignoribus satisdationem præstet, ex natura contractus compelli nequit venditor, sed repromissione & instrumento eum cavisse suffecerit, *l. 1. §. stipulatio duplæ, de prætor. stipulat. l. illud quæritur l. empt. de evictio. l. non idcirco, Cod. de contr. emt.* Hoc enim ipso, quod emptor nulla satisdationis facta mentione contraxit, personam venditoris approbasse, & pro idoneo illum habuisse intelligitur, *l. 3. de fidejussoribus, l. si is à quo in fin. ut in poss. legat. l. qui cum alio, de reg. jur.* (d) *Alex. in l. si cum* (d)
dotem, §. si mulier, nu. 4. versic. verum addo, solut. matrim.

Idq; † locum etiam obtinet, etsi 5
post emptionem perfectam evictionis periculum immineat, atq; adeo nova petendæ satisdationis causa emergere videatur. Nam etiam lite ob rem emptam mota, de evictione agi non potest, priusquam illa penitus evicta fuerit, *l. qui rem, Cod. de evict. l. si plus, §. mota, l. habere licere, eod. tit.* usq; eo ut necessaria sit sententia, ad hoc ut committatur evictionis stipulatio, *l. utiq. de rei vendic. Bart. in l. natura, §. cū nec absente in princ. de neg. gest. & in l. empt. in princ. de action. empt. Alex. cons. 119. num. 53. vol. 6. Soc. jun. cons. 81. nu. 10. vol. 1. Albert. Brun. cons. 96. nu. 10. inter cons. feudal. Bero. cons. 158. n. 13. vol. 1. Caballin. de evict. § 3. nu. 160.* Non itaque audiendus erit, qui re nondum evicta hoc nomine satisdationem petit, ut post alios docet *Gomes. variar. res. tom. 2. c. 2. de empt. & vend nu. 39.* (e) (e)

Excipitur † tamen, nisi in ipso 6
venditionis contractu de satisdatione evictionis nomine conveniret, *d. l. illud, & d. l. emt. & d. §. stipulatio duplæ*, & siquidem satisdationis modus expressus fuerit, huic standum omninò erit, cum ex conventione contractus iste legem accipiat, *l. pacta conventa, de contrah. emption. l. contractus, de reg. jur.* Quod si verò de eo nihil dictum, sed satisdatio generaliter promissa fuerit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum sive venditio celebrata est, illa præstari debet, *l. si fundus de eviction.* Sin autem consuetudo nihil certi definiat, tum utrum pignoribus vel fidejussoribus caveatur, nihil refert, *l. 1. §. an pignoribus, de collat. bonor. l. fin. §. si legatarius, quorum bonor. l. habere, §. 1. de verbor.*

verbor.signif. Alex.cons.65.vol.5. Natt. cons.267.in fin.

7 Sed † hoc loco in quæstionem venit, an in casu quo satisdatio promissa est, admittantur fidejussores, qui jurisdictioni, cui subest emptor, suppositi non sunt? Et quamvis in judiciis fidejussores idonei non sint, qui fori præscriptionem habent, nisi fori privilegio renunciaverint, *l.1.si quis in jus vocat. non ierit. l.si fidejussor. in princ. Qui satisdare cog.*

8 In contractibus † tamen, ad quos evictionis quoque obligatio pertinet, fidejussores etiam diversi fori sine renunciatione admittendos esse, sensit *Bartol.in l.3. numer.11. de fidejuss.* quem sequitur *Johan. de Imol. ibi & Jas.in l.1. num. 2. Qui satisdar. cog.* modò fidejussores aliàs in eodem loco, in quo res vendita sita est, habitent, atque ibidem conveniri possint, licet in diverso foro. Ita enim intelligenda est doctrina Bartoli, ne adversetur his, quæ ex mente ejusdem jam dicturi sumus, & hoc modo illam declarat *Jason. in d. l.1.* dum loquitur de fidejussore, qui non potest quidem conveniri coram judice principalis, sed tamen coram judice ejusdem loci. Extraneos verò fidejussores, & qui alio in loco aliave in civitate habitant, invitus emptor recipere non tenetur. Necessariæ enim duntaxat satisdationi hoc indultum est, ut in alia ejusdem provinciæ civitate præstari possit, voluntariæ verò non item, ut respondet *Jurisconsultus in §.si necessaria, l.si fidejussor. Qui satisdar.cog.* Ex quo generaliter notant *Bart. Angel. Alex. & Fulgos. Jason. & Dd. ibi. cum,* qui satisdationem promisit, debere illam

(f) præstare cum hominibus illius loci. *(f)* Voluntariam autem hanc etiam esse, de qua agimus, ex eo manifestum est, quod venditorem nisi conventione expressa satisdationis necessitatem ipsemet sibi imponat, ex natura contractus ad illam devinctum non esse, paulò ante diximus: ideoq; satisdationem illam, quæ à venditore evictionis nomine promittitur, inter volũtarias refert, *gloss. in d. §. si necessaria*, & hac ipsa de causa extraneum fidejussorem evictionis nomine non admittendum, ex generali illa doctrina Dd. disertè docuit *Paul. de Castr. (g)* quem secutus est *Alex.* (g)

asserens † se inde in casu, quo venditor 9
degens Bononiæ promiserat, se pretium conversurum in emptionem prædii, quo evictionis nomine cautum sit emtori: respondisse, quod emere tenentur prædium situm in territorio Bononiensi, & quamvis *Jas. ibidem numer.10.* doctrinam hanc in dubium vocet vel limitet ex iis, quæ scripta reliquit idem *Alexand. cons.57. vol.3.* tamen non satis animadvertit, quod *Alexand. d. cons.57.* de satisdatione necessaria duntaxat loquatur, cum interim altera doctrina de emptione prædiorum ad voluntariam pertineat, in qua, ut diximus, extraneus non admittitur.

Idemque † obtinet etiam, si fori 10
privilegio sive exceptioni declinatoriæ renunciare vellent fidejussores. Nam cum etiam in necessaria satisdatione ad hoc, ut extraneo fidejussori locus sit, requiratur eum privilegio fori renunciasse, ut probatur *in princ. d. l. si fidejussor & in l.1. si quis in jus vocat. non jer. ubi Bald.* disertè de forensi loquitur, id est, de eo qui brevi temporis spacio moratur in aliquo loco, & deinde recedit, inquiens; & secundum hoc habes ponere exemplum in forensi, atque ita hoc ipsum quod cum renunciatione admittitur forensis necessitati tribuatur: *Jurisconsultus verò in d. §. si necessaria*, satisdationem necessariam à voluntaria manifestè distinguat, utique in aperto est, in voluntaria fidejussorem extraneum non admittendum, etiamsi exceptioni declinatoriæ renunciaret.

Alioqui enim si renunciatio peregrinum fidejussorē etiam in voluntaria satisdatione idoneum redderet, nulla

inter hanc & necessariam esset differentia, sed illa prorsus supervacanea & frustra à Jurisconsulto constituta esset. Quia verò hoc planè non verisimile, quinimò absonum est, *l. Divus* §. *hac stipulatio.ut legat.nom. cav, l.1.* §. *dixerat aliquis, de public. c.2. de prob.* ideo minimè concedendum, sed potius ut vim aliquam atque effectum habeat, statuendum, in voluntaria extraneum etiam cum renunciatione non admittendum esse.

11 Neque refert, quod † Interpretes *in d. l.1. si quis in jus voc. non ier.* generaliter concludunt, renunciationem declinatoriæ exceptionis fidejussorem etiam extraneum, idoneum reddere, ex quo arbitrati sunt quidam, eum propterea ab emptore recusari non posse. Nam etsi hoc quidem, *ex verb. d. l.1.* generaliter colligant Dd. si tamen quis scripta eorum contulerit cum verbis, *d.* §. *si necessaria*, & iis, quæ ibidem tradiderunt Interpretes, facilè inde licebit deprehendere, conclusionem illam generalem secundum materiam legis, unde illam desumunt, atque adeò de necessaria duntaxat satisdatione intelligendam esse: Regulariter enim dicta Interpretum juxta leges, quibus nituntur accipienda sunt, *Bartol. in l. non solùm,* §. *si liberationis, numer.1. de liber. legat.* Non obstat etiam quod post gloss. *in d. l.1. si quis in jus vocat. non jer.* tradunt communiter Dd. forensem, qui exceptioni declinatoriæ renunciavit, etiam in contractibus remittendum esse ad locum contractus, unde putârunt quidam, per renunciationem omne tolli impedimentum, atque propterea emptorem nullam amplius probabilem habere causam, ob quam fidejussorem extraneum renunciantem velit recusare. Primo enim doctrina ista dubitatione non caret, neq; ulla lege probatur: propterea ab illa recesserunt, *Angel. & Fulgos. in d. l.1. Abb. & Dec. in c.1. de judic. Alciat, in l. pen. glos.1. C. de pact. Molin. in addit. ad Alexand. cons.89. vol.7.* Deinde dato, illam veram esse, non tamen ex eo, quod fidejussor renuncians ad locum contractus remittendus est, sequitur, quod propterea in contractibus invitus quis extraneum admittere teneatur. Non solùm quia hæc inter se sunt diversa, ut ex altero ad alterum commodè nihil inferri queat: sed etiam quia res ipsa docet, quantas remissio priusquam impetretur, difficultates parere, quantos item sumptus exigere soleat. Non igitur concedimus, renunciationem omnem tollere difficultatem, ut propterea invitus emtor extraneum fidejussorem admittere teneatur: Sed justa adhuc subest causa, cur illum recuset. Cum præsertim necessitati tantum hoc sit indultum, ut extraneus cum renunciatione admittatur. Nam hoc ipsum argumento satis est, in voluntaria renunciationem hoc præstare non posse, ut propter remissionem, (quam juxta Interpretum opinionem renunciatio operatur) extraneus recusari nequeat, siquidem aliàs differentia, quam inter voluntariam & necessariam satisdationem facit Jurisconsultus, penitus confunderetur: quemadmodum paulò ante consideratum fuit. Hisce itaque rationibus in causa quadam controversa aliquot Jurisconsultorum Collegia responderunt: Emptorem invitum ad extraneum fidejussorem recipiendum adigi non posse, quantumvis is fori privilegio renunciaret, & in hanc sententiam etiam tandem judicatum fuit.

Verum etsi † in evictionis satisdatione promissa fidejussor extraneus, id est, qui extra locum venditionis celebrata habitat, non admittatur, ut hactenus firmavimus, non tamen requiritur, ut fidejussor ejusdem loci sit, sed sufficit illum in eodem loco tantum possidere, ut ob hoc pro idoneo sit habendus, quantumvis aliàs eo in loco non sit natus, quem vulgò forensem vocant. 12

Idque

Idque sensit *Bartol. in d. §. si necessaria*, dum postquam dixerat, ejusmodi satisdationem esse intelligendam de hominibus ejusdem civitatis, addit seu qui ibi sunt idonei. His enim verbis denotare voluit, non esse necesse, ut fidejussor sit ejusdem civitatis, sed etiam forensem admittendum, quemadmodum hinc colligunt *Bald. & Jas. ibi.* Non autem simpliciter dicit (qui sunt idonei) sed addit (qui IBI sunt idonei) ut significet, se de iis loqui, qui in eodem loco tantum possident, ut pro idoneis habendi sint, licet cives non sint. Et juxta hoc accipiendum erit id, quod ex mente Bart. ibidem ait Bald. Esse satisdandum de cive vel forense idoneo, cum quis non ideo repellatur, quia forensis, si sit idoneus, quod refert & sequitur Jas. Si enim hoc generaliter intelligeretur de quovis forense sive extraneo, tum adversaretur illis, quæ ex ipso Bartol. & communi Interpp. sententia jam firmavimus. Sed Bald. non de quovis extraneo, sed de forense duntaxat, qui ibi natus non est, licet bona ibi possideat, loqui, ex eo apparet, dum forensem opponit civi.

13 Nam etsi † vocabulum istud ab Interpretibus non uno modo accipiatur: propriè tamen ad differentiam civis dicitur forensis, qui licet bona quidem possideat, vel etiam domicilium habeat in aliquo loco, tamen ibi natus non est, de quo *in l. rescripto. §. fin. de muner. & in l. cives, C. de incol. lib. 10. Corn. cons. 194. num. 4. volum. 4. Felin. in c. quoniam in princ. de offic. ordin.* (i) De ejusmodi itaque forensi intelligendus est Bald. cum præsertim hoc asserat ex mente Bartol. quem idem velle jam ostensum fuit. Et propter hoc ipsum etiam id, quod de forensi idoneo dicit Bald. non generaliter de eo, qui alibi bona possidet, intelligendum erat, sed tantum de eo, qui ut loquitur Bart. ibi idoneus est, atque eodem in loco bona possidet.

Nam verba Interpretum ex iis, quibus nituntur, intelligenda sunt, & alias referens ex relato interpretationem recipere solet, *l. Asse toto, de hæred. instit. l. in testament. de condit. & demonstr.* Quod ideo monendum putavimus, quia nisi quis animadverterit hæc, scrupulum facilè alicui movere possent. Et de evictionis satisdatione promissa, quæ prima exceptio fuit, hæc sufficiant.

Secundo † id quod suprà diximus, 14
evictionis nomine ex natura venditionis satisdandum non esse, limitatur ut locum non habeat, quando consuetudo invaluit, ut evictionis gratia satisdetur. Hæc enim consuetudo tenenda meritò erit, ut probatur *in l. si fundus de eviction. & sensit glos. in l. illud, eod. tit.* quam communiter sequuntur Interpp. ibi & Bartol. *in l. 1. §. stipulatio duplæ, de prætor. stipul. Grat. cons. 135. num. 11. volum. 2.* Idque confirmatur trita illa juris regula, quæ docet, in quovis contractu de eo, quod communiter fieri solet, actum videri, *l. quod si nolit, §. quia assidua de ædilit. edict. l. semper. 34. de reg. jur.* Sed cum hoc casu venditor ad satisdationem præstandam ex vi consuetudinis invitus adigatur, certè hæc satisdatio pro necessaria habenda erit, non minus ac si legibus illa introducta esset: quam necessariam esse tradunt Angel. Alexand. & Dd. *in d. §. si necessaria*, & quod consequens est, etiam per extraneum fidejussorem præstari poterit, *d. §. si necessaria.*

Tertio † excipitur, quoties in ipso 15
limine contractus imminet evictio. Nam etiam tum ob evictionem istam satisdandum erit, *l. si post perfectam, C. de evictión. l. habitationum, §. fin. de pericul. & commod. rei vend.* Quia verò istud frequenter solet contingere, & accuratiorem requirit inspectionem, ideò de hoc in sequenti Quæstione peculiariter agemus.

Quarto † inter casus, in quibus 16
pro evictione satisdari solet, is refertur,

quando creditor in solutum accipere cogitur aliquid aliud ex bonis debitoris, juxta §. *Quod autem, Novell. 4. & authent. hoc nisi debitor, Cod. de solut.* Quod enim hoc casu satisdatio præstanda sit, sensit *gloss. in d. §. quod autem.* & probatur *in d. authent. hoc nisi debitor. ibi. præstanda creditori cautela de evictione.* Idque sequuntur Cyn. Fulgos. & Salicet. ibi. ejus hanc afferentes rationem, quia cum creditor aliud, quam debetur, in solutum recipere cogatur, contra *l. 2. si cert. petat.* æquum etiam est, ut plenius ejus securitati consulatur, atque adeò vicissim hoc reportet commodi, *l. cum qui in princip. de jurejur.* & hoc tanquam communiter approbatum, refert etiam Mudæus *in d. l. cui res in cap. Quomodo de evict. cavend. sit, numer. 4. & sequitur Caballin. de evictton. §. 2. numer. 17.* (i)

17 Quinto † communiter existimatum est, in venditione autoritate Principis confirmata evictionis nomine satisdandum esse, *ut per l. universa C. de precib. Imper. off* docuit Bartol. *in d. l. 1. §. stipulatio duplæ ; de prætor. stipulat.* quem sequuntur Bald. Angel. & Dd. *in d. l si post perfectam.* Fabian. de mont. *de empt. & vendit. 6. quæstion. princip. 12. membro. num. 1.* Verum ego circa hanc exceptionem subsisto: cum adversetur his, quæ de confirmatione regulariter tradi solent, illam vires negocii, super quo interponitur, non extendere, sed secundum naturam ejusdem intelligendam esse, *l. Aurelius §. testamento, de liber. legat.* Ex quo text. hoc not. Bald. *in l 4. Cod. si advers. rem. jud. & in l. admonitiones, Cod. de appellat. Crat in l. qui Romæ, §. duo fratres num. 91. de verbor. obligat.*

Non igitur confirmatio hoc præstare poterit, ut venditor præter naturam contractus satisdare cogatur, sed potius ex hac ipsa venditionis natura hanc interpretationem recipiet, ut repromissione tantum cavisse sufficiat. Nec quicquam facit text. *in d. l. universa.* Loquitur enim de dilatione à debitore per rescriptum impetrata. Nam cum illa creditore non consentiente concedatur, æquum certè est, ut interim fidejussoribus ei caveatur, ne præter voluntatem suam damno afficiatur: sed in venditione ipsius emptoris consensus accedit, & est quod facilitati suæ acceptum ferre debeat, cur non de satisdatione ipsa sibi prospexerit. Non solùm itaque ratio, *d. l. universa,* penitus cessat, sed & nulla justa subest causa, cur non ejusmodi confirmatio etiam satisdatione valere debeat. Ut proinde manifestum sit, textum hunc ad propositum nostrum planè non pertinere. Meritò igitur hanc limitationem auctoritate tantum niti, ait, eamque propterea pro constanti ponere non audet Caballin. *in d. loco numer. 16.*

Addunt † aliqui etiam hunc casum, quando pater vendit rem adventitiam filii, in qua usumfructum habet. Nam etiam tum fidejussorem evictionis nomine præstandum esse, per *l. 1. in fin. Cod. de bon. matern.* existimavit gloss. ibi. quam sequitur Bartol. *in d. §. stipulatio duplæ*, Bald. & Angel. *in d. l. si post perfectam.* Cujus hanc potissimùm afferunt rationem, quoniam ex hoc ipso, quod apparet, rem esse filii, in limine contractus imminere evictio censetur. 18

Idque defendit Caballin. *in d. loco numer. 14.* Sed Bartol. Salicet. Paul. de Castr. & Fulgos. *in d. l. 1. Cod. de bon. matern.* contra sentiunt, etiam hoc casu post perfectam venditionem satisdationem exigi non posse, atque propterea id, quod in *d. l. 1.* rescribit Imperat. licere emptori fidejussorem (si velit) accipere, ita intelligunt, quod integrum sit emptori, ut si consultum sibi esse velit, in ipso venditionis contractu de fidejussore prospiciat, & eundem sibi dari curet.

Et

Et hosce sequitur Mudæus *in d. cap. Quomodo de evictione cavendum sit.* Quæ quidem interpretatio confirmatur ex hoc, quod Imperator eo in loco non docet quomodo emptori, qui emit rem adventitiam filij, consultum esse possit, sed potius contra monet, ne quis omnino ejusmodi res prohibitas alienari scienter vel ignoranter emat, nisi vel pater prius docuerit rem suam esse, vel fidejussores dederit.

Tantum igitur abest, ut ex his verbis colligi possit, post perfectam venditionem satisdandum esse, ut potius contrarium ejus inde appareat. Si enim ipso jure fidejussoribus consultum esse posset emptori, non necesse fuisset tantopere monere, ne ejusmodi res sine eorum interventu emerent. Estq; præterea circa ista verba observandum, quod Imperator, postquam usus fuerat verbo necessitatis, Docere enim (inquit) pater debet proprii juris eam
61 rem esse: postea mutato verbo addit, & emptori (si velit) fidejussorem licebit accipere. Nam ex hoc ipso liquet ad hoc, quod de fidejussore subjungit, venditorem non ut in primo casu invitum adigi posse, sed hæc in arbitrio contrahentium sita esse, atque adeò ab ipsa conventione in venditione inita dependere. Rectè itaque Mudæus hoc consilii esse, post alios ait, non præcepti. Ad rationem ab aliis consideratam respondent, hoc loco considerari non posse, quod immineat evictio, cum filius vivo patre agere non possit, *l. 1. §. fin. C. de vendit. except.* Et quamvis Caballin. hoc vellicet eam ob causam, quod (ut ibi inquit Imperator) filio interim non currit præscriptio, quo minus mortuo patre agere possit, atque propterea semper censetur imminere evictionis periculum, cum mors certa sit, licet dies incerta, *l. 1. de condit. & demonstrat.* Tamen istud leve est. Nam ad hoc ut imminens evictio satisdationi causam præbeat, necesse est, ut in limine contractus immineat: post perfectam verò venditionem non sufficit illam imminere, usq; eò ut etiamsi lis mota fuerit, tamen de evictione non agi, neque satisdatio ejus nomine peti possit, nisi res penitus evicta fuerit *per jura in prin. adducta.* Quantumvis igitur filio actio integra sit, non tamen propterea emtor satisdationem petere poterit. Sic etiam parum facit, quod idem in additione ait, hoc quod filius vivo patre agere non possit, ex speciali ratione, videlicet ob reverentiam paternam introductum esse, id verò non impedire, quo minus actio competens filio eatenus consideretur, ut interim emtori æquitate hoc svadente consulatur. Non enim hic propterea denegatur satisdatio emptori, quia filius agere non possit, sed propter generalem venditionis naturam, quæ est, ut post perfectam venditionem non possit evictionis nomine satisdatio peti. Cui quidem naturæ cum in hoc casu nusquam derogatum reperiatur, certè hunc etiam secundum illam potius definiamus, quam ex cerebrina (ut Baldus appellat) æquitate juris rationibus adversante. Neq; etiam de superfluitate argui poterit Imperat, ut considerat idem Caballin. Tantum enim abest, ut superfluum dici possit, quoties ex generali regula alibi tradita certa quædam facti species determinatur, ut ob hoc ipsum generales regulæ traditæ sint, ut singulis deinde casibus accommodari possint. Cum igitur nihil in medium afferatur, quod communem illam sententiam labefactare possit, meritò ea retinenda est, cui etjam nos subscribimus. (k) (k)

Cæterum † in omnibus illis casibus, in quibus satisdationem præstandam esse diximus, illa nullo certo tempore est circumscripta, usque eò ut licet aliàs fidejussor, qui diu in obligatione steterit agere possit, ut liberetur, *l. Lucius ff. mandat. glos. & Dd. in l. si pro ea C. mand.* res tamen aliter sese habeat in eo qui pro evictione fidejussit. Hic enim 19

priusquam res evincatur, quantumvis à promissione multum temporis præterierit, agere non potest ut liberetur, quemadmodum sensit *Cyn. Bald. & Salicet.in d.l.pro ea, Bald. & Dd.in l.facere,*
(l) *solut.matrim.(l) Afflict. decis. 241. num. 4. Caballin.de evict ion.§.2. num. 18.*

20 Denique † sciendum, quod etsi emptor ante rem evictam de evictione venditorem non convenire, neque ejus nomine satisdationem petere possit, nisi in casibus suprà enumeratis, aliis tamen tribus remediis ei consultum esse, siquidem rem emptam alienam sive obligatam vel aliàs evictionis periculo obnoxiam esse cognoverit.

Primò enim si venditor rem alienam vel alteri obligatam fuisse sciverit, tum etiam priusquam evincatur, potest emptor non quidem evictionis nomine, sed in id quanti sua intersit, rem suam esse factam aut alteri obligatam non esse, ex empto agere, ut probatur *in l.servus quem à me, §. fin.de actio empt. not.gloss.Bald.& Dd.in d.l.qui rem C. de evict.Gomes.in d.tit.de emt.& vendit.numer.39.* (m)
(m)

Secundò potest emptor ante rem evictam ex empto agere ut res libera tradatur, *l.ex præd.C.eo.tit.ubi hoc not.gl. & Dd.*

Tertiò potest agere, ut tantò minoris æstimetur res emta, quantò minus valet propter evictionis periculum, ut not. *Angel.& Dd in l.1.§.si hæres, ad Trebell.Bart.in l.si rem meam, de solut.*
(n) *Cacheran.decis.24.num.5.*(n)

Et hæc tria remedia non tantum agendo intentare, sed & precio nondum soluto excipiendo. Idem tueri se potest, quantumvis evictionis periculum nondum immineat, *d. l. ex prædiis,*
(o) *ubi not.Dd.(o)* Cui enim datur actio, eidem multò magis exceptio, *l.1. §. Quod autem ait prætor. de superfic. l. dolo, de except.dol.l.invitus, §.1.de reg.jur.* In omnibus tamen istis remediis priusquam res evincatur, intentatis sufficerit, si venditor emtorem satisdatione præstita ita securum reddiderit, ut omnis damni expers sit, *arg cor.quæ per text. in l.1. Qui satisd.cog.* docet Bald. *in l. 2.num.9.vers. modo ego quæro de eo, C.de sentent.quæ sine certa quantitate,* quem sequitur *Salicet. ibi (p) & Alex.cons.65.num.5.vol.5.* Idque (p) locum etiam habet, licet evictionis periculum à futuro demum eventu pendeat, utputa si res empta sub conditione obligata vel fideicommisso obnoxia esset; nihilominus enim alterutro ex hisce remediis intentato satisdare tenebitur venditor, (q) *ut post Bald. & Salicet.in d. l. 2. Cod. de sentent. quæ sine cert. quant.& Alex.d.cons.65 sensit Negusant. de pignor.1. membr.5. part.princ.& multis firmat Cacheran decis.24.* (q) Quamobrem licet magna sit inter Dd. contentio, utrum in casu periculi à futuro eventu pendentis remediis istis uti possit emptor, ut apparet ex iis, quæ tradunt Neguzant.& Cacheran. *in d. locis*: quæ tamen in eo conveniunt, saltem eatenus illa competere, ut ad satisdandum adigatur venditor, quo unico satis consultum esse potest emptori, de reliquo non admodum laborandum videtur.

Quia verò † non refert utrum pignoribus, an verò fidejussoribus caveatur, quemadmodum in prima exceptione diximus, & in hoc casu tradit *Alex.d.cons.65. & Negusant in d.loco, numer.28.* ideo si venditor locuples & idoneus fuerit, sufficerit cum hypotheca bonorum suorum satisdare, *Alex. d. con. 65.Cacheran. decis.24 num.13.* (r) 21 (r)

Et ita intelligendum, quod Bald. *in d.l ex prædiis & post eum Afflict. in d. decis.241.in fin.* docuit, si venditor locuples fuerit, tum agi non posse, ut liberet rem, quia videlicet bonis suis satisdationem præstare potest. Quoties enim satisdatio alicui ideò remittitur, quia locuples est, tum nihilominus cum hypotheca bonorum suorum cavere tenetur, *ut not.Interpret. in l.1. Qui satisdar.cog.ubi Jas.n 20.* istud communiter approbatum esse asserit.

Ex

Ex hisce itaque vident emptores, qui in ipso venditionis contractu de evictionis cautione sibi non satis prospexerunt, & propterea ante rem evictam hoc nomine agere non possunt, quibus remediis venditorem ad satisdandum compellere valeant.

ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(a) Vide eleganter *Petr. Aug. Morlam. in Empor. jur. tit. 9. n. 36. Petr. Heig. q. 36. part. 1.*

(b) *Decius cons. 483. nu. 15. Curt. jun. cons. 38. num. 2.*

(c) *Jas. in l. ex ea parte in 3. not. de verb. oblig. Petr. Anton. à petra de fideicom. quæst. 8. nu. 226. Paul. Granut. Theorem. 9. Bertazol. de cl. instrum. cl. 35. gl. 1. n. 5. & seq. Fr. Vivius decis. 403. n. 17. Fulv. Pacian. cons. 14. n. 14. 20.*

(d) *Angel. Aretin. in §. final. num. 4. vers. Nam licet venditor Instit. de susp. tut.*

(e) *Fulv. Pacian. cons. 14. num. 8.*

* (f) Refert & communem * pronunciat *Seb. Medic in repet. l. fin. gl. 2. part. 1 num. 341. de ll. Bertazoll. de claus. instrum. cl. 39. gl. 2. num. 3. & cl. 42. gl. 4.*

(g) *Petr. Heig. d. quæst. 36. n. 21.*

(h) Vide *M. Anton. Eugen cons. 18. n. 63. cum seqq. Joh. Baptist. Asin in prax. jud. §. 3. c. 3 Fr. Zoanet. rer. quotid. c. 10.*

(i) *Petr. Jo. Anchor. lit. 3. quæst. 34. numer. 4.*

(k) Adde *Fulv. Pacian. cons. 14. nu. 5. & seqq.* ubi ostendit etiam Bart. in hac fuisse, sed ab aliis non rectè intellectam.

(l) *Henric. Boic. in c. fin. sub numer. 3. de fidejuss. Jo. Andr. in addit ad Specul. de judic. § specialia Afflict. in cons. Neapolit. lib. 3. rubr. 12. num. 12. Hippol. de Marsil. in rubr. C. de fidejuss. n. 225. Gail. lib. 2. obs. 48. n. 6. Eugen. cons. 89. n. 40.*

(m) *Sebast. Medic. in rep. l. fin. gl. 2. part. n. 248. ff. de ll. Caballin. Milleloq. 812. num. 2.*

(n) *Laurent. Tennin. caut. 60. num. 36. & seqq.*

(o) *Medic. d. num. 248. Caballin. d. num. 8.*

(p) *Alberic. d. l. ex prædiis in fin.*

(q) Non quidem præcisè satisdare tenetur, cum in arbitrio ejus sit, pati ut res tanti minoris æstimetur, aut ipsè id quod interest præstet. Quia tamen consultius ipsi fuerit satisdare ideo per indirectum tantummodo ad id compellitur. Actor autem id præcisè tribus istis remediis petere non potest.

(r) *Petr. Heig. d. quæst. 36. num. 23. cum seqq. Jo. Petr. Surd. decis. 183.* qui tamen *decis. 295. numer. 13.* limitat, id non procedere, quando evictio imminet in limine contractus.

QUÆSTIO VI.

EVICTIONE IN LIMINE CONTRACTUS IMMINENTE QUATENUS emptor pretium retinere possit, & de satisdatione eo nomine præstanda à venditore.

1. *Evictione in limine contractus imminente satisdatio non agendo sed excipiendo tantum petitur, nec pretium solutum ex hac causa repeti potest, nu.2. nisi fictè tantum non verè solutum sit, n.4.*
3. *Evictio in limine contractus imminere dicitur, quando priusquam pretium solutum est quæstio mota fuit, licet longè post emtionem contractam.*
4. *Evictio debetur rei æstimatæ in dotem datæ, ita ut precium in dotem conversum eo nomine retineri possit.*
5. *Evictione in limine contractus ab uno tantum imminente generaliter adversus omnes satisdandum esse contra Fulg. Rub. & Mud probatur etjamsi venditor esset locuples, nu.9. de quo tamen vide ibi.*
6. *Effectus interdum latius patet sua causa.*
7. *Venditor nolens de evictione teneri, tenetur tamen ad restitutionem pretij, & eo nomine potest peti satisdatio evictione in limine contractus imminente.*
8. *Satisdatio evictionis nomine fidejussoribus præstanda declaratur num. 9.*
10. *Satisdare non tenetur qui locuples est dummodo in bonis suis hypothecam constituat.*
11. *Venditor satisdare non tenetur, quando auctor ipsius litem suscipit. Item si calumniosè lis moveatur, n.12. super quo potest deferri juramentum aut probatio fieri, ibid.*
13. *Satisdatione præstita emtor tenetur solvere pretium etiamsi evictionis periculum præsens esset, nisi de jure evincentis notoriè constaret, aut res jam abesset emtori, quod declaratur ut ibi.*
14. *Usuræ pretij propter evictionem imminentem retenti debentur ex communi.*

INter causas, ob quas præter venditionis naturam evictionis nomine satisdandum esse, in præcedente quæstione diximus, usu maximè frequentatur illa, quando in limine contractus imminet evictio. Tum enim emptorem pretium tamdiu retinere posse, donec evictionis nomine satis dederit venditor, dilucidè probatur *in l. habitationum, §. fin. de peric. & commod. rei vend. & in l. si post perfectam C. de eviction.* Quod etsi in se planum sit & expeditum, quia tamen habet nonnulla, quæ peculiari nota digna sunt, Illa majoris declarationis gratia summatim colligemus.

1 At primo quidem sciendum, etsi in limine contractus evictio immineat non tamē propterea emtori dari actionem, qua satisdationem petat à venditore, sed hoc precium petente doli tantum exceptione tueri se potest emptor, ne precium solvere cogatur, priusquā evictionis nomine satisdatum fuerit, ut *per l. pater, §. ex quadrante de dol. mal. & met. exc.* docet gloss. *in d. l. si post perfectam, verb. Non compelli, & in l. 1. § stipulatio dupla, de prætor. stipulat.* quod sequitur *Paul. de Castr. cons. 107. in fin. vol. 1.* Atque ita excipiendo non quidem præcisè sed (ut inquit Bald.) causativè venditorem ad satisdationem adigere potest, ut si pretium consequi velit, satisdare necesse habeat. (*a*) (*a*)

Multò

2 Multò † verò minus opitulatur hæc exceptio ad repetitionem precij jam soluti, sed tantum obstat venditori, ne pretium exigere possit, antequam satisdet, ut rectè animadvertit Fulgos. *in d.l.si post*, inde dicens, non esse propriam exceptionem, quem sequitur Mudæus *in l. cui res, de action. empt. cap. quomodo de evict. cavendum sit n.6.*

Secundo observandum, quod Impp. *in d.l.si post perfectam*, ejus, cur in illa facti specie emptor, nisi satisdetur, ad pretii solutionem non compelli possit, hanc afferunt rationem, quia in ipso limine contractus imminet evictio. His enim verbis idem voluerunt significare, quod in princip. de quæstione ante precium numeratum mota, & in fine de denunciatione post partem precij numeratam facta dixerant. Id quod etiam clare expressit Jurisconsultus, *in d.l habitationum*, inquiens, ante precium solutum quæstione dominii mota precium emptor solvere non cogitur.

3 Ex † quo manifestum est, quod evictio in limine contractus tum rectè dicatur imminere, quando priusquam precium solutum est lis vel quæstio mota fuit, quantumvis hoc longè post intervallo contigerit (*b*) Quod notandum est contra Bald. qui *in d.l.si post perfectam*, limen contractus aliter videtur interpretari. Unde porrò sequitur, ut doctrinæ huic locus sit, necesse esse, ut priusquam pretium solutum sit, evictio immineat. Pretio verò integro soluto, non amplius in limine contractus imminere rectè dicitur, neque etiam emptor hoc remedio uti poterit, ut sensit *gloss. in d.l.si post perfectam, verb. ante precium*. Nam cum ut dictum est, non nisi venditore pretium petente emptor excipiendo ad satisdationem illum adigere possit: precio verò soluto nullam venditor agendi causam, atque ex hoc ne emptor quidem excipiendi facultatem habeat, utique in aperto est, pretio soluto huic remedio amplius locum non esse. Minimè itaque assentiendum Johan. Andr. dum *in addit. ad Speculat. tit. de empt. & vendit.* opinatus fuit, etiam post solutum precium lite mota satisdationem à venditore evictionis nomine peti posse, quemadmodum eum subdubitans refert *Paul. de Castr. in d. §. stipulatio dupla*, cujus opinionem propterea rectè refutat *Mudæus in d. loco.* (*c*)

Realem † autem solutionem ad hoc, ut excipiendi via ista præcludatur emptori, necessariam esse, fictam verò non sufficere, tradidit *Paul. de Castr. consf. 46. vol. 1.* ubi in casu eleganti, quo maritus à socru emerat rem quampiam, & precium ejus rei dotis loco retinuerat, inde concludit, si postea defuncta uxore dos repeteretur ab hæredibus soceri, & evictio rei marito emptori immineret, quod tum is precium in dotem conversum solvere non teneatur, priusquam evictionis nomine satisdatum fuerit, quantumvis pro eo habeatur, ac si pretium mulieri solutum, & postea in dotem iterum fuisset datum, *l. 3. de donat. inter vir. & uxor. l. singularia, si certum petatur*, quia inquit, non verè, sed fictè solutum, & adhuc apud emptorem est, ut qui istud consequi vult, agere teneatur, atque adeò excipiendi facultatem emptor etiamnum habeat. 4

Tertiò † notatu dignum est, evictione in limine contractus imminente, satisdationem non tantum ratione litis, quæ tum mota fuit, sed generaliter de evictione & adversus omnes ejus casus præstandam esse, *ut per l. fin. § fin. de rescind. vendit.* docuerunt *Bartol. Bald. Salicet. & Alberic. in d.l.si post perfectam, Paul. de Castro in d. §. stipulatio dupla, & in d. consf. 46. vol. 1. Angel. consf. 121. Imol. in c. si venditori, de empt. & vendit. Johan. Fab. Aretin. & Dd. in §. Novissimè, Instit. de suspect. tutorib. Grat. consf. 135. in fin. vol. 2. Caball. de evict. §. 11. numer. 12.* & hoc commu- 5

communiter receptum esse, post alios (d) testatur *Petrus Surd.consf.36.num.44.*(d) In quo tamen *post Jacob. But.* quem refert *Angel in l.1.§.stipulatio. de prator. stipulat.* aliter sensit *Fulgos.in d.l. habitationem,§.fin.de peric.& commo.rei vend.* existimans, non nisi illius evictionis nomine, quæ tum imminet, satisdandum esse, motus verbis Jurisconsulti, *in d. §. fin.ibi.ejus evictionis nomine*: & præterea hac ratione, quoniam aliàs ex natura contractus sufficit regulariter repromissio absque satisdatione, ut in præcedenti quæstione dictum fuit. Cum igitur occasionem satisdandi præbeat lis sive controversia, quæ jam movetur emptori, par est, ut effectus hic suæ causæ respondeat, atque hanc solam litem adaptetur satisdatio: In cæteris verò contractus propriam suam vim & naturam retineat. *Ad §.fin.C. fin. de rescind. vendit.* respondet ideo ibi sopitis litibus satisdari nihilominus oportere, quod ex conventione simplici & indefinita non ad certam aliquam causam restricta dandi erant fidejussores: Cum interim in proposito ob certam litem motam satisdatio exigatur. Et sententiam hanc defendit etiam *Anton.Rubeus in §.morte,numer.80.l.non solùm,de oper. nov.nunciat.*& sequitur *Mud. in loco supra citato,num.11.* pluribus explicans rationem,*d.§.fin.*

Sed cum prior opinio crebriori Interpretum calculo sit approbata, & æquitatem habeat, ideo illa potius in judiciis obtinebit. Postquam enim venditorem rem controversam non satis bona fide vendidisse apparet, est sanè quod meritò inde suspicetur emptor, alios etiam fore, qui litem sibi moturi essent. Cumque ei propter controversiam jam motam permissum sit, evictionis nomine satisdationem excipiendo urgere, hæc verò regulariter pro omni evictione præstari soleat, haud præter rationem satisdatio hæc ex propria ipsius natura potius, quàm ex natura contractus ob litem motam jam immutata, vel ex causa quæ occasionem illi dedit æstimanda, atq; hinc generaliter præstanda erit, ut magis consultum sit, emptori de damno vitando contendenti, quam venditori ex fide mala lucrum captanti, *argum. l.fin. §.licentia,C.de jur.deliber.l.at.si,§ sed etsi, de relig.& sumpt.fun.*

Nam effectus † suæ causæ non ita semper respondet, ut non id quod ex causa quadam permittitur, ex natura sua uberius etiam quandoque esse possit, ut probatur *in l. Papinianus, §. quoniam, juncta l.filio in princ.de offic.testam.* ubi licet filius instituens querelam inofficiosi, non nisi partem, quam ab intestato habiturus est, petere possit, tamen penitus annullato testamento hæreditatem etiam totam consequitur. 6 Quamvis etiam Jurisconsultus *in d.§. fin.* ejus tum imminentis evictionis nomine fidejussores offerendos esse respondeat: his tamen verbis potius causam denotat, ob quam fidejussores offerri debeant, quam ut ad illam causam restringere velit fidejussionem, Cum ut dictum est, hæc potius ex propria evictionis natura omnes casus respiciente, quam ex causa, quæ illi locum facit, æstimanda est, & licet venditor propter illam litem motam fidejussores offerre teneatur: hoc tamen non impediat, quò minus emptor, si malit, generaliter sibi satisdari curet. Præterea verbis Jurisconsulti *in d. §. fin.* opponi possunt generalia verba, quibus utuntur Impp. *in d. l. si post perfectam.* Hæc enim non minus, quàm illa, in considerationem venire debent, ut proinde hisce defendi aliquo modo possit communis opinio. Interim tamen non eo inficias, si rationum momenta potius, quàm auctoritatem sequi volumus, veriorem esse sententiam Fulgosii, ut fatetur etiam Rubæus.

Quarto † pro extensione hujus 7 doctrinæ tenendum, usque eo in hac facti specie satisdandum esse, ut etsi conventum fuerit, ne de evictione teneretur

neretur venditor, nihilominus ratione precij restituendi satisdandum esset. Nam sicut ejusmodi conventio non impedit, quò minus re evicta precium repeti possit, *l. emptorem* §. *fin. de action. empt.* ita nec obstaculo esse debet, quò minus imminente evictione ratione precij caveatur, ut in specie singulariter firmat Petr. Surd. *in d. cons. 36. nu. 25.* Idemque sensit Celsus Hugo *cons. 111. in fin.*

8 Quintò † cum in limine contractus controversia mota satisdandum sit, videndum est, quomodo satisdatio illa præstanda sit. Et siquidem vel ex conventione, vel ex consuetudine loci illa certam formam recepisset, huic standum omninò esset, per jura in præcedenti quæstione adducta. Alioqui fidejussoribus cavendum esse, passim jura dicunt, ut *in d. §. fin l. habitationum de peric. & commod. rei vend. & in l. illud quæritur, de evict ion. & in l. Auctore, & l. emptor, Cod. eodem tit. de fidejussoribus,* etjam *post gloss. in d. l. si post perfectam,* loquuntur omnes interpretes ibi.

9 Idque † adeò verum esse volunt, ut etiamsi locuples sit venditor & idoneus, nihilominus fidejussores dare teneatur, ut sensit *Alberic. de Rosat. in d. l. si post,* quem refert & sequitur Rubæus *in d. §. morte, num. 80. & Cavalcan. decis. 4. numer. 4. Gratus cons. 135. num. 13. vol. 2.* & hoc communiter receptum esse profitetur Molin. *in. Consuetud. Pa-*
(e) *ris. tit. 2. §. 55. gloss. 3. num. 11.* (e) Non tamen propterea minus audiendum putarem venditorem, siquidem pignoribus sive hypotheca cavere vellet, cum, ut etiam in præcedenti quæstione dictum fuit, nihil referat, an fidejussoribus, an verò hypotheca bonorum caveatur, *l. 1. §. an pignoribus de collat. bonor. l. fin. §. si legatarius, quor. bon. l. habere, §. 1. de verbor. obligat. l. si mandato, 59. §. fin. mandat.* Ideoque etiam is, qui satisdare tenetur, pignoribus cavendo liberari regulariter solet, ut not. *Dd. in l. 1. Qui satisdar. cogant.*

Quod ad evictionis materiam accommodat, *Alex. cons. 56. in fin. vol. 5. Natt. cons. 267. in fin.* (f) Si enim in aliis (f)
satisdationibus evictionis gratia præstandis hoc generaliter obtinet, certè nulla satis justa causa subesse potest, cur non idem in proposito admittendum sit. Idque præterea confirmatur alia communiter recepta doctrina, qua traditur etiam in casu, ubi quis ex legis vel statuti dispositione fidejussores dare tenetur, si tamen ita locuples sit, ut hypotheca bonorum suorum cavere possit, quod tum ut fidejussores det, cogi non possit, sed sufficiat eum bona sua obligare, ut post Bartol. docuerunt *Paul. de Castr. Alex. & Jas. in d. l. 1. Qui satisdar. cog. Bartol. in l. quicunq. 2. C. de fund. patrim lib. 11. Bald. in l. cum Clericis, Cod. de Episcop. & Cleric. & in l. illicitas, §. ne potentiores, de offic. præs. Castrens. in l. divortio, §. interdum, solut. matrimon. ubi Jas. Roman. cons. 67. numer. 4. in fin. Alex. cons. 73. col. 7. vol. 2. Afflict. decis. 171. cum aliis adductis ab Hyppol. de Marsil. in tit. de fidejuss. num. 228.* (g) (g)

Secundum hæc † itaque id, quod 10
post Alberic. de Rosat. alii tradunt, venditorem etiam locupletem fidejussorem dare debere, tum demum verum erit, quando is hypotheca bonorum nondum cavit, neque cautionem istam obtulit. Id quod necessarium omninò est, cum regulariter quoties alicui satisdatio ideò remittitur, quia locuples & idoneus est, nihilominus cum hypotheca bonorum suorum cavere teneatur, *ut not. Dd. in d. l. 1. Qui satisd. cog. ubi Jas. num. 20.* (h) istud com- (h)
muniter approbatum esse ait, & sequuntur etiam alii in locis citatis. Hypothecaria verò hac cautione præstita, non ultra fidejussores dare tenebitur, ut ex jam dictis manifestum est. Hinc etiam id quod *Menoch. de arbitrar. judic. lib. 2. centur. 3. cap. 224. num. 4.* (i) scriptum reliquit, venditorem (i)
qui solvendo est, satisdationem præstare non debere, tum demum rectè

procedet, quando venditor hypotheca bonorum suorum cavit emptori, ut in jam dictis locis tradunt Dd.

11 Denique † circa hanc satisdationis formam notandum est, si venditor lite mota eam auctori suo à quo ipsemet prius emerat, denunciaret, isq; cum satis esset locuples, illam in se susciperet, quod tum, quia hîc primus auctor fidejussoris instar est, venditor amplius satisdare non teneatur, ut docet *Afflict. decis. 71.* quem sequitur *Rubaeus in d. §. morte, Menoch in d. loco & Caballin de*

(k) *eviction.* (k)

12 Sexto † pro limitatione hujus doctrinę observandum, illi locum non esse, quādo evidens est, nullum evictionis subesse metum, sed hoc moveri calumniosè ab emptore ut isto prætextu quæsito precium retinere possit. Hoc enim casu venditor satisdare non tenetur, sed absque satisdatione precium consequitur, ut docet *Bald. in l. Non idcirco prope fin.*

(l) *C. de contrah. empt.* (l) Et quia solent quādoque emptores alios subornare, qui litem temerè moveant, ut inde retinendi precij occasionem nanciscantur, ideò ut hæc ipsorum calumnia detegatur, integrum est venditori, ut emptori, vel etiam ei, qui litem movet, juramentum deferat, sine fraude & calumnia id ab eo fieri, ut post Bart. *in d. l. si post perfectam*, uno ore tradunt Inter-

(m) pretes ibi (m) vel post etiam præsumtionibus adductis hanc emptoris calumniam detegere, ut docet *Angel. in l. 1. § stipulatio de prætor stipulat.* quam refert & sequitur *Capoll. cautel. 134. Menoch. in d.*

(n) *loco & Petr. Surd. d. cons. 30. num. 14.* (n)

13 Septimò † quemadmodum emptor imminente evictione in limine contractus precium solvere non tenetur prius, quàm satisdetur venditor: ita præstita satisdatione amplius hoc nomine pretium retinere non potest, quamtumvis rem emptam evictionis periculo subjectam sciat. Nam etsi gloss *in § novissimè, Instit. de suspect. tutorib.* putaverit, emptorem cogendum non esse, ut fragilitati cautionis se committat, ab Interpretibus tamen communiter est improbata, *per d. l. si post perfectam, & d. § fin. l. Habitationum*: Nisi de jure evincentis notoriè constaret, tum enim emtor fragilitati cautionis se committere non tenetur, sed etiam præstita satisdatione pretium evictionis nomine retinere potest, ut per text. *l. si is à quo, ut in poss. legat.* declarat *Johan. Fab. in d. §. novissimè*, quod tanquam singulare refert & sequitur *Rubaeus in d. § morte, num. 80. Nevizan. cons. 37. nu. 30. & 31. Caballin. de eviction. §. 2. numer. 13. Surd. d. cons. 36. num. 13.* (o) Multò ergò (o) minus, quando res evicta jam abest emptori, propter satisdationem præstitam precium solvere tenebitur. Nam cum evicta re actio de evictione competat emptori, quo & precium, & id quod interest, consequatur à venditore, quantumvis eo nomine satisdatum fuerit. Certè multò magis excipiendo tueri se poterit emptor, ne precium solvere teneatur. Cum ei datur actio, ei multò magis exceptio competat, *l. 1. §. quod autem ait, de superficieb. l. dolo, de except. dol. l. invitus, §. 1. de reg. jur.* Idque in specie disertè probatur, *in l. vendicantem, de eviction.* per quam generalis traditur regula, quem de evictione tenet actio, eundem agentem exceptione repelli posse. Quinimò tantum abest, ut satisdatio præstita impedimento esse possit, quò minus re evicta precium retineat venditor, ut vel ob hoc ipsum illa præstari soleat, quo facilius pretium recuperet. Facit regula *l. dolo facit, de reg. jur.*

Quod tamen utrunq; ita demum verum est, quando vel de jure evincentis, vel etiam rem abesse emptori notoriè constat: nam si adhuc aliqua subesset dubitatio, & res altiorem requireret indaginem, tum præstita satisdatione precium nihilominus solvere teneretur emptor, ut post Bald. *in l. si rem quam de eviction.* declarat *Nevizan. d. cons. 37. numer. 31.*

Denique

14 Denique † hoc loco quæri solet, an si propter imminentem evictionem emtor pretium retinuerit, interim usuræ pretij non soluti currant, atque illas etiam emtor, postquam satisdatum fuit, unà cum sorte teneatur solvere? Et Bald. quidem *in l. 1. C. de bon. matern.* existimavit, usuras interim non currere, quem refert & sequitur *Afflict. decis. 20. numer. 4. Mynsing. centur. 4. observat. 58.* (p)

(p) Contra tamen idem Bald. *in l. 2. C. de usur.* rectiùs docuit, etiam usuras ab eo tempore nihilominus præstandas esse: quippe cum illæ hoc casu non tam ratione moræ (quæ quia lege permittente precium retinetur, commissa non est) quàm ex æquitate quadam in compensationem fructuum debeantur. Et doctrinam istam sequitur *Paul. de Castr. ibi. Decius cons. 119. col 2. versic. sextò*, adduci potest, & eam communiter approbatam esse testatur, *Cagnol. in l. curabit, numer. 32. Cod. de act. empt. & vend. Didac. lib. 3. variar. resolut. cap. 4. post num 6. versic. duodecimo hinc deducitur Cephalus cons. 48. num. 43. Panciroł. cons. 40. n. 23. & 24. Cavalcan. decis. 4. nu. 5.* (q) (q)



ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(a) R*odolph. Tennin. caut. 60. numer. 12. Petr. Heig. quæst. 36. n. 8. part. 1. Fulv. Pacian. cons. 14. n. 26.*

(b) *Surd. decis. 295. num. 7. Petr. Heig. d. q. 36. num. 7. Fulv. Pacian. cons. 14. numer. 25.*

(c) Eam tamen post *Bald. in d. l. si post perfectam*, tenet etiam *Marian. Frecc. in tr. de præsent. instr part. 7. q. 6. n. 2.* Idque ex verbis *d. l. si post perfectam ibi, judex tibi quæ ex emtione veniunt præstari providebit.* Quod de precio intelligunt: malè omnino, cum ad id tantum pertineat, ut res libera tradatur, adde *Petr. August. Morlam in Emporio juris tit. 9. n. 108.*

(d) Et noviss. *Prosp. Caravita in comment. super Rit. Magnæ Cur. Ritu 173 n. 7. Laurent. Tennin. Rodolph. cau. 60. num. 10. Surd. decis. 295. n. 9. Heig. d q. 36. n. 58. Morla d. num. 108.*

(e) Et sequitur *Prosp. Caravita d. Ritu 173. n. 7. & 9. Surd. decis. 295. n. 14.*

(f) Et in specie *Petr. Jo. Anchor. lib. 3. q. 34. nu. 10.* itaq; responsum esse testatur *Heig. d. q. 36. n. 46.*

(g) Noviss. *Marin. Frecc. de præsent instr. part. 2. q. 6. n. 2.*

(h) *Heig. d. q. 36. n. 51.*

(i) Sequitur *Claud. Ursil. in addit ad Afflict. decis. 171. in fin.*

(k) Licet de eo dubitet *Prosp Caravita in Rit. Magna Cur. d. Rit. 173. nu. 10. & Tennin. d. caut. 60. n. 21. sed Afflict. sequitur Surd. decis. 183. nu. 9. Heig. d. quæst. 36. num. 26.*

(l) *Prosper. Caravit. d. Ritu 173. n. 11.*

(m) Et *Alex. d. cons. 65. num. 3. Petr. Jo. Anchor. lib. 3. quæst. 34. nu. 7. Morla d. tit. 9. num. 108. Heigius d. quæst. 36. num. 14. cum seqq.*

(n) *Anchor. d. nu. 7.* & pluribus de hoc quomodo fraus emtoris detegatur, agit *Laurent. Tennin. d. caut. 60. num. 13. & seqq.*

(o) *Heig. d. quæst. 36. n. 56. Vincent. Carot. decis. 96. num. 1.*

(p) *Francisc. Zoanet. rer. quotid. cap. 9.*

(q) Novissimè *Andr. Fachin. lib. 2. cont. cap. 32.*

QUÆSTIO VII.
STATUTUM DE LUCRO DOTIS AN HABEAT LOCUM IN DOTE promissa in diem.

SUMMARIA.

1. *Promissione in diem facta, obligatio quidem ante diei adventum nata est, sed effectu caret quoad actionem, num. 9. transmissionem tamen non impedit, num. 2. & 9.*
3. *Filia quibus casibus contra patrem agat, ut dotem consequatur.*
4. *Dotare non tenetur pater filiam quæ maritum sine dote invenit.*
5. *Promissio dotis à parente sponso facta filiæ nullam actionem parit: ne soluto quidem matrimonio. Jus tamen quoddam speciale ei competit quod ad hæredes transmittit, n. 6.*
7. *Mulier soluto matrimonio ex ficta stipulatione dotem repetit etsi promissa sit non soluta.*
8. *Dos adventitia mortua uxore jure veteri apud maritum remanebat: jure novo ad hæredes mulieris transmittitur. Profectitia autem communis est patri & filiæ: & an filia defuncta deferatur patri extantibus liberis, ibid.*
10. *Statutum de lucro dotis trahitur ad augmentum etiam soluto matrimonio superveniens.*

FUIT quæsitum, utrum maritus, cui à patre puellæ dos intra annum & diem post contractas nuptias promissa est, lucretur dotem, si antequam dies veniat uxore defuncta solutum fuerit matrimoniũ. *(a)* Et quæstionem movit potissimum Jus Saxonicum. Nam de jure communi expeditum est, maritum soluto matrimonio dotem etiam exactam reddere debere, nisi pacto de ea servanda sibi caverit, *l. 2 solut. matrim. l. cum pater de pact. dotal. l. 1. §. executio. C. de rei ux. act.* Atqui cum Saxonicum jus ad maritum superstitem omnia mobilia uxoris prędefunctæ deferat, & hinc etiam juxta Constitutiones Electorales nominum exactio ad ipsum pertineat, haud præter rationem dubitatur, An non dotis etiam in diem promissæ exactio ad maritum spectet? Non enim defuerunt, qui cum cōcederent dotem sine die promissam, uxore mortua ad maritum deferri ex juris provincialis dispositione, hoc tamen casu quo in diem promissa fuerat, actionem ei denegandam putarunt. Moti potissimùm, † quod etsi promissione in diem facta obligatio & actio etjam ante dieiadventum nasci censeatur, *l. cedere diem, de ver. sign.* hæc tamen obligatio interim, dum dies expectatur, in pendenti sit, *arg. l. non omnes in princ. vers. & cum pecunia, si cert. petat. l. si mandaverit tibi, 22. in princ. vers. 7. mandat.* Ita quidem ut die adventante sortiatur effectum, eo autem non existente, viribus & effectu penitus destituatur, atque adeò vi & potestate talis obligationis, cujus dies non venit, peti nihil possit, *§. omnis stipulatio. Instit. de verbor. oblig.* Sed propter hunc ipsius diei defectum perinde fit in effectu, ac si ejusmodi obligatio nunquam extitisset, *l. 1. in princip. Quod quisq. jur. l. Nam is, de dol.* Quamobrem cum in proposito dies solutioni præstitutꝰ manente adhuc matrimonio non venerit: Sed contra potius ante ejusdem diei adventum dissolutum fuerit matrimoniũ, sine quo dos amplius considerari non

non solet, *l. si pater mulieris in fin. de jur. dot.* pro eo habendum erit, ac si dies planè defecerit, & quod consequens est, inanis redderetur dotis obligatio. Quinimò ex hoc ipso quod soluto demum matrimonio dies venit, obligatio dotis in eum casum incidisse videtur, à quo primordium suum capere non potuit, quippe cum dotem in id tempus, quo matrimonium futurum non sit, stipulari non liceat, *l. Julianus 21. & l. si pater mulieris, 79. in fin. de jur. dot.* prorsus igitur eadem illa dotis promissio vitiabitur, planeq; ad nihilum recidet juxta regulam, *l. pluribus quæ est, l. penul. §. etsi placeat, ubi Bart. & Dd. de verb. oblig. & §. ex contrario, ubi similiter Dd. Instit. de leg.* Quæ quidem ratio firmari videtur responso Jurisconsulti Pauli *in d. l. cum pater de pact. dotal.* ubi quia dotis exactio dilata erat post mortem promittentis. Respondet Jurisconsultus si vivo patre atq; adeò priusquam dies promissioni adjectus venerit, solutum fuerit matrimonium, tum dotem, etiam decedente patre, amplius peti non posse. Hinc enim fortè generaliter quis colligeret, quoties dies promissioni dotis adjecta soluto demum matrimonio venit, illam pro eo, ac si planè defecisset, haberi atque propterea dotem amplius exigi non posse, sed promissionem ob hunc ipsum diei defectum penitus in irritum vocari.

2 Quantumvis † itaq; dies aliàs impedire non soleat, quò minus jus ex obligatione in diem concepta quæsitum interim transmittatur, *l. unic. §. 1. C. de caduc. toll. l. in quantitate, §. in diem ad l. Falcid.* atq; ex hoc uxor, si quod ex dotis promissione jus quæsitum habuisset, istud etiam ante diei adventũ moriens ad maritum devolvere potuisset: Id tamen de ea die percipiendum, quæ venire speratur, & quidem ita ut locum exactioni faciat, minimè verò de illa, quæ ut in proposito, planè defecit vel pro eo habetur, ac si defecisset. Hæc enim non tàm impedit transmissionẽ, quàm propter defectum ipsam obligationem ad nihilum reducit, ut nullum inde jus quæri potuerit marito sive uxori. Cujus quidem cum longè diversa sit ratio in dote purè promissa, siquidem hoc casu dies non tantùm cessit, verùm etiam venit, petiq; adeò dos statim poterit, *l. cedere diem, de verbor. oblig.* mirum videri non debet, si illam defuncta uxore ad maritum deferri concludatur, diversum verò statuatur in promissa in diem, quæ soluto demum matrimonio veniens, pro defecta habetur, Quibus consentaneum videtur, quod in terminis ex Angel. *consf. 158. refert. Jas. in l. si donaturus, §. fin. num. 16. de condict. caus. dat.* concludens, si inter socerum & generum convenerit, de dote post quinquennium solvenda, & interim decesserit filia, quod maritus dotem illam non lucretur, quantumvis aliàs ex statuti dispositione dos apud maritum remanere debeat. Considerabant præterea hanc defendentes opinionem uxorem in casu proposito nec ullum quidem jus dotis acquisitum habuisse, idque argumento à partium enumeratione ducto ostendere conabantur.

Etenim † filiæ adhuc superstiti actionem contra parentem dotis nomine 3
competere oportuit, vel ratione officij illius, quo patri filiæ dotandæ cura incumbit, *l. qui liberos, de rit. nupt. & l. fin. C. de dot. promiss.* vel ratione pactionis aut stipulationis inter patrem & filiam specialiter confectæ: vel deniq; nomine pactionis aut stipulationis, quæ sponso cum patre sponsæ de dote intercessit.

Atqui † ratione officij illius, quo pater filiam dotare cogitur, ei, de qua in 4
proposito quæritur, nuptui collocata, actio competere non potuit. Nam etsi non desint, qui patrem ad dotem filiæ in matrimonium jam tum collocatæ constituendam obligatum esse existiment, *gloss. in l. obligamur, in verb. lege obligamur, de act. & oblig. & in cap. fin. 32. quæst. 2.* verius tamen est,

 patrem

patrem hoc casu filiæ obligatum non esse, cum omnis constituendæ dotis ratio & causa cessat. Duas enim potissimùm ob causas constitui dos solet, videlicet ut iis, quæ maritus sustinere cogitur, oneribus matrimonii serviat, *l. dotis fructus, de jur. dot.* eaque ratione filia maritum facilius inveniat, *Bartol. in d. l. obligamur, vers. item in eo.* Deinde ut mulieri proprium quodammodo patrimonium constituatur, unde ipsi alimenta suppetere possint, *l. 3. §. ergò, s. de minori. Bald. in l. si dotem, C. de fals. caus. adject. Salicet. in l. dos à patre, Cod. solut. matrimon. cum reliquis ejusdem generis allegatis per Cephal. cons. 256. nu. 1. vol. 2. & Rol. à Vall. de lucr. dot. quæst. 68. num. 5.* Utraque autem harum rationum cessat, postquam filia jam collacata est. Nemo enim est, qui non videat, hoc casu de inveniendo marito amplius laborandum non esse, *Bart. in d. l. obligamur, per text. §. sic itaq. auth. de nupt. & l. penult. C. de repud. Joh. Campeg. in tract. de dot. part. 1. q. 13. num. 1.* Sic etjam alimentorum hoc casu non poterit duci ratio, Tum quod maritus uxori etiamnum superstiti alimoniam præstiterit, sicuti ratione affectionis maritalis facere necesse habuit, *gloss. in l. stipulata 34. verb. contra sexus naturam, de donat. inter vir. & uxor.* Tum etiam quod uxor, de qua quæritur, antequam dies solvendæ dotis adventaret, è vivis jam tum decesserit, & quod consequens est, nullis tunc alimentis indiguerit. Cessantibus itaque causis constituendæ dotis, ipsa quoq; constitutio vel exactio dotis cesset, omninò necesse est, *l. quod dictum de pactis l. adigere, §. quamvis, de jur. patron. & sentit Camp. in tract. de dot. part. 1. quæst. 13.* Quibus accedit, quod pater in proposito dotem genero, ut ita fierit, consentienti in diem constituerit atque repromiserit, adeoque jam nunc ea fecerit, quæ ad curam & officium suum pertinent, secundum dispositionem, *l. qua liberos, de rit. nupt.*

Ac de primo institutæ partitionis membro hactenus. Ad alterum quod attinet, in aperto est, inter patrem & filiam nihil penitus hoc casu actum, imò etiam tum cum pactiones dotales conficerentur, filiam ne præsto quidem fuisse. Nullo igitur modo fieri potuit, ut pater filiæ suæ eidemque sponsę dotis nomine obligaretur, cujus solvendo nullā ei repromissionem fecit. Cum enim nullum inter patrem & filiam de dote negocium sit contractū, nulla etiam obligatio inter has duas personas intercedere potuit: quippe cum obligationem ex negocio ante contracto existere necesse sit, *l. licet, §. ea obligatio de procuratoribus*, atque propterea deficiente contractu, consimiliter & obligatio, nec non ad extremum actio deficiat oportet. Ut enim obligatio contractum, sic porrò actio obligationem necessariò præsupponit, *gloss. in l. & an eadem, §. actiones, in verb. causa. de except. rei judic.* Denique ut ad tertium membrum veniamus, neque ex pomissione à patre sponso facta virgini absenti quæri actionem, manifesta convincit juris regula, quæ docet, ex contractu unius alteri non quæri obligationem vel actionem, *l. si unus, §. ante omnia, de pact. l. stipulatio ista habere licere, §. alteri de verb. oblig. §. alteri, Instit. de inutil stipul.* Hæc enim regula non solùm marito, quò minus sponsæ ex stipulatione dotis quicquam quærere potuerit, obstaculo est, ut in specie probatur, *in l. si pater, ubi not. Bald. C. de dot. promiss.* Sed & patrem impedit, ne dotem constituendo etiam filiæ quærat obligationem, ut est textus manifestus, *in l. cum dos, de pact. dotal.* quoniam, inquit Jurisconsultus, per filiam patri acquiri potest, per patrem filiæ non potest. Cui consonat textus *in l. Cajus Sejus. solut. matrim.* ubi in simili ex eo quod Cajus Sejus certā pecuniæ quātitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit, nepti nulla nascitur actio, sed ex illa duntaxat stipulatione, qua ut soluto matrimonio dos redderetur

deretur nepti, conventum fuerat, speciali quadam ratione indulgetur. Cujusmodi autem conventio & stipulatio à patre, qui dotem repromisit, non fuit interposita. Quinimò cum pater dotem pro filia promittendo semetipsum obliget, & possibile planè non sit, ut una & eadem persona ex eadem promissione obligata esse, & actio eidem inde competere possit, *l. heres, §. quod si stipulator de fidejussoribus*, sicut nec etiam actio & passio in unam & eandem personam simul cadere queunt, *not. Dd. in l. debitori, C. de pact.* Nullo certè pacto pater nomine filiæ promittens eidem actionem quærere potuit. Quod cum ita se habeat, quanam igitur ratione ea, de qua hîc quæritur, mulier obligationem dotis, quam ipsamet nullam habuit, ad maritum superstitem devolvere, aut quo pacto maritus jus istud dotis, quod uxori necdum fuit quæsitum, lucri fecisse dicendus est, cum ejus, quod omninò non est, nullæ sint qualitates, *l. ejus qui in provincia. ad fin. si cert. petat. l. in actionibus in fin. de in litem jur. l. 4. de act. empt.* Hisce itaque argumentis opinionem istam tuebatur *D. Jacobus Thomingius*, Ordinarius Collegii Juridici Lipsensis, vir eruditissimus, & nemini Jurisconsultorum sui seculi secundus; & juxta eandem nomine Scabinorum respondebat, quemadmodum apparet ex decisione ejusdem 29. Ex qua ista huc ideo referre placuit, non solùm ut quæ ejus fuerit mens & sententia rectiùs percipiatur: sed & facto argumentorum collatione veritas eò magis elucescat. *(b)* Ego verò de opinione ista jam olim, cum de illa aliquando deliberatio incideret, dubitabam.

Et nunc quoque re considerata diligentius & perpensa, in eàm sententiam planè devenio, ut absque hæsitatione existimem, dotem non solùm purè sed & in diem promissam, uxore ante diei adventum defuncta, ad maritum pertinere; Quam ut liquidò firmemus, hoc nobis detur necesse est, non hîc quæri de proprio jure mariti, quod in dote habeat, hoc enim soluto matrimonio dissolvitur, sed de jure, quod ab uxore defuncta juxta leges Saxonicas ad eum devolvitur, atque propter ea inspectionem omnem in eo esse: Num ex dotis promissione à patre sponso facta jus aliquod filiæ sit quæsitum, quod decedens ad maritum transferre potuerit.

5 Hoc † posito, facilè quidem concedimus, nullam ob promissionem illam neque ex parentis neque ex sponsi facto competere actionem filiæ, qua patrem dotis nomine compellare atq; convenire possit.

Tum propter rationem paulò ante secundo loco consideratam, tum propter manifestos textus, *in d. l. si pater C. de dot. promiss. & d. l. cum dos, de pact. dotal.* Quibus consonat, quod Ulpianus *in l. cum pater, de jur. dot.* respondet, pater, qui pro filia dotem promisit, licet marito dotem legare non possit: siquidem nullum est legatum, cum creditori debitor legat id, quod debet, Si tamen filiæ dotem eandem legaverit, nihilominus valere legatum.

Hoc ipso satis declarans, filiæ ex ejusmodi promissione dotem ne deberi quidem à patre, cum si debita esset, ei non magis quàm marito legari potuisset.

Neque hoc loco admittimus distinctionem eorum, qui jura ista ad casum manentis matrimonii restringenda putarunt, nam etiam dissociato matrimonio uxori contra patrem ex promissione dotis ab eo facta actionem non competere, non solùm ratio suprà adducta, qua potissimùm jura actionem filiæ denegantia nituntur, liquidò persuadet: Cum ea tanquam generalis utrunque tàm manentis

quàm soluti matrimonii casum complectatur: sed & disertè probatur *in l. si socer. §. Lucius Titius solut. matr.* ubi uxor, soluto matrimonio, dotis à patre promissæ, sed nondum solutæ nomine contra hæredes ejus agere non potest, priusquam maritus ei actiones præstiterit. Nec obstat his, quod naturalem simul & civilem rationem suadere, ut quis alienam conditionem meliorem facere possit, generaliter respondet Cajus *in l. solvendo, 39. de neg. gest.* quodque adeò per alium alteri acquiri possessio & per possessionem dominium jure queat, *l. traditio §. fin. de acquir. rer. dom.* Nam quatenus id locum habeat, eleganter declarat Modestinus *in l. ea quæ naturaliter, de acquir. rer. dom.* Sentiens, huic rationi in his duntaxat locum esse, quæ naturaliter sive per naturalem actum, qualis est possessio, quæruntur: Rem verò aliter sese habere in his, quæ civiliter quæruntur, qualis est dotis promissio. Hanc enim civilem esse actum nemo sanus inficias ibit. Ideoque excepta possessionis causa per liberam personam, quæ alterius juri non est subdita, nihil acquiri posse indubitati juris esse, generalibus verbis rescripserunt Impp. *in l. 1. Cod. de acquir. poss.* id quod pluribus explanant Interp. *in l. certi conductio, §. si nummos, si certum petat. & in l. stipulatio ista, §. ista, de verb. obligat.*

Et quamvis peculiari dotis favore permissum sit, ut is qui dotem nomine mulieris dat, eidem stipulari possit, *l. Cajus, solut. matrimon.*

Id tamen eo in casu duntaxat locum habet, quando in eventum soluti matrimonii de dote mulieri reddenda interponitur stipulatio, ut declarant *Dd. in d. §. alteri & Bald. Novell. in tractat. de dot. part. 6. privileg. 22.* de qua reddenda dotis stipulatione nunc quidem non agimus, sed de ipsa dotis promissione & actione, quam illa parere solet.

Quare neque hoc rationi à nobis consideratæ quicquam refragabitur. Cumque illa ad istum etiam casum pertineat, quo dos purè promissa fuit, secundum eam concludendum neque ex pura dotis promissione actionem contra promittentem mulieri quæsitam esse.

Sed † etsi hæc ita sint, non tamen propterea uxorem ab omni jure, quod ex ejusmodi dotis promissione nasci solet, penitus excludimus, quin potius illam alio quodam respectu certum inde jus quæsitum habere arbitramur, quod ad hæredes atque etiam ad maritum porrò transeat. Primum enim in dote peculiari ratione hoc receptum est, ut illa quam primum constituta fuerit, nuptiis contractis mulieri quæsita videatur, *l. cum dos, de pact. dotal.* atq; proprium ejus matrimonium esse censeatur, *l. 3. §. ergo etiam, de minor. l. in eum, de relig. & sumpt. fun. l. 4. de coll. bon. l. 1. §. & ex hac, C. de rei uxor. act.* Ex quo fit, ut dotis semel constitutæ conditio in mulieris incommodum deterior effici nequeat, *l. quoties, solut. matrim. l. post nupt. de jur. dot.* Idemque obtinet, etsi dos nondum data sed promissa tantum fuerit. 6

Nam & illa mulieri quæsita intelligitur, *l. si extraneus, in fin. ibi acquiri autem mulieri accipimus ad quam rei commodum respicit, de jur. dot. l. cum post, §. Quidam cum esset, ibi, quia habet dotem, de Administrat. & pericul. tut.* adeò ut publicatis bonis patris, qui dotem promisit, & usuras dotis genero persolvit, dos promissa fisci non sit, sed ad filiam pertineat, *l. cum de in rem verso. de usuris.* Ideoque etiam dotem promissam à patre filiæ non minus quàm datam conferre tenetur filia, *l. 1. de collat. dot.*

Deinde † hoc etiam certum est, quoties dos mulieris nomine datur sive promittitur sponso vel marito, quod tum nullo etiam interveniente pacto vel stipulatione inter maritum & uxorem hoc tacitè actum censetur, ut 7

ut soluto matrimonio dos reddatur uxori, atque ex hoc ipso uxor matrimonio dissotiato dotem actione ex stipulatu, quam pristinæ rei uxoriæ actioni substituit Justinianus, repetere possit à marito vel ejus hæredibus, *l.1. §. accedit, C. de rei uxor. act.* Ubi Imper. non solùm de dote data sed & promissa disertè loquitur ibi, quæ ab extraneis dantur vel promittuntur: Idemque in dote promissa, probatur etiam *in d.l. si socer. §. Lucius solut. matrimon.* Ubi videmus uxorem soluto matrimonio actionem de dote promissa & nondum soluta habere contra maritum, ut vel dotem exactam, vel actiones ei præstet. Non solùm autem uxori post dissolutum matrimonium superstiti jus hoc repetendæ dotis competit, sed etiam istud ad hæredes transmittit, usque eò ut si constante matrimonio decesserit, hæredes ejus dotem defunctæ ex eodem jure possint repetere, ut probatur *in §. ille procul dubio d. l.1. C. de rei uxor. action.*

8 Nam † etsi olim quidem dos, quæ ab alio quàm à patre datur vel promittitur & adventitia dicitur, mortua in matrimonio muliere, penes maritum remanere solebat, ut disertis verbis docet *Ulpian. in tit.6. de dotib.* Idemque in Pandectis apertè traditur, *in l. cum vir. de usucap. l.5. de bonor. damn. l. dotale, & l. pen. de fun. dot. l. in eum, de relig. & sumpt. fun. in l. cum mortem de jur. fisc. l. si ab hostib. solut. matrimon. l. fin. §.1. ut leg at. nom. caveatur, l.2. C. famil. hercisc. & in l. ei qui mortem, de his quibus, ut indign. l. debitor. 59. §. fin ad Trebell.* per quæ jura hoc asserit Hottoman. *in tract. de dot.* Tamen novissimo Codicis jure hoc immutatum, & eò redactum est, ut dos adventitia uxore in matrimonio defuncta excluso marito ad hæredes ejus transeat, *d. §. illo procul dubio.* Atque hæc quæ de reddenda & transmittenda dote diximus in adventitia ita simpliciter locum habent.

Quæ verò à patre proficiscitur, atque hinc profectitia dos appellatur, hoc peculiare habet, ut licet soluto matrimonio ex tacito illo contractu filiæ etiam reddenda sit, communis tamen patri sit & filiæ, *l.3. §.1. l. si cum dotem. solut. matrimon. l. Qui hominem, §. si gener. de solut.* Verum ita ut pater filiæ absq; ejus voluntate præjudicare nihil posit, *l. cum dos, de pact. dota. l.2. & l. filia, C. solut. matr. l. quoties, l. post dot. ff. eod. l. post nuptias, de jur. dot.* atq; propterea pater si absente filia dotem petat, cavere cogatur, illam ratam rem habituram, *l. fin. rem rat. hab. l non solùm, 39. §. si de dote, de procurat.* quod ipsum satis argumento est, filiam in dote illa jus quæsitum habere, ut meritò eam in causa dotis participem, & quasi sociam obligationis patris appellaverit Jurisconsultus, *in d. §. si gener.* Filia verò in matrimonio defuncta, dos profectitia ad patrem redire debet, *l. dos à patre, C. de jur. dot.* nisi liberos post se reliquerit: nam tum illam potius ad hosce dotem transmittere existimavit Martinus glossator *in d. l. dos à patre.* Et licet Johan. contra arbitratus fuerit, etiam liberis extantibus dotem profectitiam ad patrem redire, hæc etiam sententia secundum scripti juris rationem verior sit, ut multis firmant Dd. *in l. post dotem. solut. matrimon.* & post eos Roger. *de dot quæst.18. & Hotom. eod. tract.* adducens inter alia textum manifestum apud Ulpian. *tit.6. de dot.* Sententiam tamen Martini usu atque consuetudine magis receptam esse, omnes fatentur: eandemque etiam in dote promissa locum habere docet Socin. jun. *consl.35. vol.1.* (c) (c)

Ex his, quæ hactenus firmavimus, manifestum est, mulieri etsi ex dotis promissione actio contra patrem promittentem non quæratur, nihilominus tamen in ipsa dote ex peculiari quadam ratione tale jus esse quæsitum, quod decedens tanquam proprium patrimonium ad hæredes transmittat.

Quam-

Quamobrem cum Jus Saxonicum post mortem uxoris omnia bona mobilia atque in his etiam jura & actiones mobilium nomine competentes deferat marito: Consectarium modis omnibus est, etiam jus istud quod in dote quæsitum habuit mulier, ea defuncta, ad maritum pertinere, quatenus dos in re mobili consistit. Idque usu etiam apud nostros receptum est, & secundum hanc sententiam sæpè responsum fuisse memini in casu quo dos vel soluta vel purè promissa fuit. Restat ut videamus, an idem obtineat tum, quando in diem promittitur, & antequam dies veniat, mulier fato fungitur, an vero hæc diei appositio obstaculo sit, ut propterea dos minus ad maritum transire possit.

9 Ac † primo quidem extra controversiam positum est, diem promissioni additam non impedire, quo minus obligatio interim nascatur, sed id tantum efficere, ut exactio in id tempus differatur, quo dies venerit, §. *omnis Inst. de verb. oblig. l. qui hoc anno ff. eod. tit. l. obligationum fere*, §. *1. de act. & oblig.* ac propterea ex hac ipsa dotis promissione in diem concepta mulieri jus istud, de quo paulò ante verba fecimus, non minus quæsitum esse, ac si purè promissa fuisset.

Deinde hoc etiam certum est, diem non obstare, quò minus obligatio, quæ ex ejusmodi promissione nascitur, & jus inde quæsitum ad hæredes interim transmittatur, *l. unic.* §. *1. C. de caduc. toll. l. si post diem, quan. dies leg. ced.* Sequitur igitur diem impedimento esse non posse, ut propterea mulier decedens, jus, quod ex dotis promissione in diem facta quæsitum habuit ad hæredes suos atque adeò ad maritum minus transmittat, sed ad hunc transmissionis effectum quod attinet, in dote in diem promissa idem statuendum esse, quod in dote purè constituta. Cum præsertim constitutionibus Electoralibus clarè dispositum sit, maritum etiam nomina quorum dies vivente uxore nondum venit lucrari. Sola difficultas adhuc in eo est, quod dies post mortem uxoris atque adeò soluto demum matrimonio venit. Verum neque hoc quicquam obesse, sed die etiam soluto matrimonio veniente obligationem prius natam effectum sortiri, atq; adeò dotem in diem promissam exigi posse, dilucidè probatur *in d. l. si socer.* §. *Lucius Titius sol. matr.* Nam ibi inter socerum promittentem dotem & maritum convenerat, ne vivo socero dos peteretur atque adeò dotis exactio post mortem soceri & quidem in incertum diem dilata erat: priusquam verò decederet socer, & sic dies solutioni & exactioni dicta veniret, solutum erat matrimonium. Neque tamen propterea minus defuncto socero dotem exigi posse à marito, respondet Jurisconsultus. At idem est text. *in l. Julianus de iur. dot.* ubi JC. Paul. notat, quod etsi dotem ab initio in id tempus, quo matrimonium futurum non sit, stipulari non liceat, nihilominus exactio ejus in tempus dissoluti matrimonii differri possit, & propterea valere pactum, ne viva uxore petatur dos. Quod ut huic proposito rectius accommodetur, in memoriam revocandum id, quod supra monuimus, olim jure Digestorum maritum dotem adventitiam lucratum fuisse, defuncta uxore. Aliàs enim ne hoc quidem pactum effectum sortiri potuisset, utpote dilatum in eum casum, quo dos restituenda foret, juxta *l. cum pater de solut. dotal.* Sed quia dos illa apud maritum uxore defuncta remanet, nihil obstat, quò minus exactio ejus post mortem uxoris differri possit. Quemadmodum autem tum cum ex juris dispositione dotem maritus lucrabatur, lucrum istud impedire non poterat, quod exactio dotis in tempus dissoluti matrimonii dilata fuerat, ita neque hoc, quod dies soluto demum matrimonio venit, obstaculo esse poterit, ut secundum Jus Saxonicum minus

nus lucretur dotem.] Pertinet huc quod docet Bald. *in l.3. C.de dot.promiss.* ubi in casu, quo dotis quantitas fuerat collata in arbitrium mariti, existimat maritum etiam per mortem uxoris soluto matrimonio arbitrium suum interponere, & ex statuti dispositione dotem lucrari posse: licet aliter rem se habere putet, quando etiam maritus, priusquam arbitretur, decesserit, quam doctrinam refert & sequitur *Jason.in l.si donaturus, §.fin. num.15. de condict.caus. data*, & eandem declarat *Soc. jun.cons.35.in fin.vol.1.*

o Inde † concludens, si socer dotis nomine promiserit genero quadringentos florenos & quicquid ultra dederit alteri filiæ, Et socer post mortem filiæ primum elocatæ in testamento majorem dotem constituerit alteri filiæ, quod maritus istud augmentum dotis non minus, quàm dotem datam, ex statuto lucretur, quantumvis soluto demum matrimonio accesserit. In quam sententiam in eadem facti specie consuluit etiam *Ruin.cons.225. volum.1.* Et sequuntur Roland. à Vall. *de lucr. dot. quæstion.88.& Phanut. de dot.in §.1. verb.restituenda, num.39.* qui etiam in verbis præcedentibus *circa fin. num.38.* in specie ait, esse de mente omnium, quod in casu, quo dos certa promissa est, cum dilatione temporis ad solvendum, maritus lucretur dotem, licet pendente dilatione mortua fuerit

d) uxor. (*d*)

Non obstant his ea, quæ suprà primo loco fuerunt adducta. Nam quod dicitur, promissæ dotis diem, quæ soluto demum matrimonio venit, pro eo habendam, ac si defecisset: id minimè concedimus: nec quicquam in medium allatum videmus, quo assertio ista verisimilis reddatur: quin potius contrarium verius esse, & diem etiam, quæ post diremptum matrimonium venit, exactioni dotis locum facere ex jam citatis ll. manifestum est. Neque huc pertinet, quod aliàs dici solet, dotem sine matrimonio esse non posse: id enim tum demum verum est, quando nullum fuit contractum matrimonium.

At quando matrimonium antecessit, & dos eo constante promissa est, tum etsi soluto demum matrimonio solvenda est, jure tamen exigi potest, ut respondent Ruin. & Roland. à Vall. in citatis locis: quinimò tantum abest, ut matrimonii dissolutio quicquam impedimento sit, ut illa exactioni dotis locum facere soleat, *tot.tit. solut.matrimon. quemadmod. dos pet.* Sic nec etiam admittimus, quando soluto matrimonio dies dotis promissæ venit, rem in eum casum incidisse, à quo incipere non poterat, sed cum Jurisconsulto *in d. l. Julianus, de jur. dot.* distinguimus inter ipsam dotis obligationem & exactionem, atque ejus vestigia secuti inde concludimus, quod etsi dotis obligatio in eum casum, quo matrimonium amplius futurum non est, ita concipi nequeat, ut tum initium capiat, nihilominus tamen exactionem dotis ante promissæ in illum eventum rectè differri posse.

Interim autem non negamus, posse dari casum, in quo dies propterea, quod soluto demum matrimonio venit, dotis exactionem impedit, videlicet quando matrimonio ante diem soluto maritus ex proprio jure dotem petit à patre, ad quem aliàs dos illa dirempto matrimonio redire solet. Nam cum hoc casu non solùm omne jus mariti in dote cesset, sed & illi petenti obstet exceptio, dolo facit qui petit, quod mox restituturus est, meritò dotis exactio ei denegatur.

Et hæc est ratio *d.l.cũ pater.* At quando maritus dotem non ex proprio jure, sed ex jure uxori in dote quæsito & per mortem ejus ad se delato petit, neq; illam ei à quo petit, restituere tenetur, tum res aliter sese habet, ut apparet *d.l. si so-*

si socer. §. *Lucius solut. matrimon. & aliis ll. adductis.* Jus enim uxori quæsitum in dote, soluto matrimonio non perinde ut mariti jus expirat, sed hunc sortitur effectum, ut non solùm exigi, sed & ad hæredes transmitti possit, ut suprà pluribus firmatum fuit. Non igitur textus *in d.l.cum pater,* huc rectè accommodari poterit. Angel.verò *in d.cons.158.* minimè considerat diei appositionem, sed ideò dotem ad maritum minus pertinere concludit, quoniam statutum de restitutione verba faciens ad datam dotem respectum habuit, ac propterea ad promissam non est extendendum. Quæ disputatio aliena est à proposito nostro, & de ea post alios pluribus agit Phan. *in supra d. loco.* Secundum hæc igitur erunt etiam intelligenda ea, quæ ex Angel.refert Jason. Ad posteriorem rationem quod attinet, illi supra abundè satisfactum, & ostensum à nobis fuit, quod etsi mulieri ex dotis promissione contra patrem nulla quæsita fuit actio, nihilominus alio respectu illam in dote tale jus quæsitum habere, quod ad hæredes atque adeò ad maritum transmittat. Laborat igitur argumentum istud à partium enumeratione desumtum hoc vitio, quod omnes partes sufficienter non fuerint enumeratæ, & quod consequens est, minus concludit, ut docet Everhard.in loc. à partium enumeratione. Denique si ratio ista valere deberet, juxta illam non solùm dos in diem sed & simpliciter promissa ad maritum devolvi non posset uxore defuncta: ad utrumque enim casum illa rectè accommodari neque ulla probabilis diversitatis causa reddi poterit. Cum autem in dote purè promissa absque hæsitatione hactenus receptum sit, decedente muliere, marito illam deferri, vel ex hoc ipso manifestum est, rationem hanc ad propositum nostrum non pertinere. Secundum hæc itaque Domini Witebergenses rectius, quàm Lipsenses, respondere hactenus soliti sunt, dotem etiam in diem promissam, muliere ante diem decedente, marito adjudicandam esse.



ADDITIO

Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

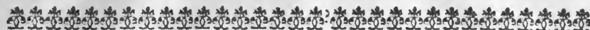
(*a*) CONFER cum his quæ in eandem sententiam eleganter disserit *D. Rauchbar. q.31. part.1. & D. Daniel Moller ad constit. Elector.19.in fin.p.3. Petr.Heigius q.33.num.6.* Qui & ipse Witebergensium sententię accedit.

(*b*) Eandem sententiam sequitur pluribus firmans *Matth.Colerus de process.execut.p.1.c.3.nu.247.cum seqq.* & post eum *Academ Altorffian. cons. 99.* §. *quamobrem cum in proposito.*

(*c*) Videantur de hoc *Jo. Bolog. in l.post dotem num.211. & 218.sol. matr.* exact. *Anton.Thesaur.decis.190.& 138.Anton. Faber.lib.1. conject. cap.16 Hartman. Pract observat.4.Andr.Fachin.lib.3.contr. jur. c.71. Cavall. commum. opin. quæstion. 378.*

(*d*) Hoc tenet etiam *Crot.in rubric. sol.matrimon.in fin.* quem refert & sequitur *Alvar.Valasc.Consult.3.in fin.* & relatis opinionibus in hanc sententiam concedit *Stephan.Grattan.decis. March. 239.* ubi ait, propter mariti urbanam dilarionem non esse eum privandum lucro, cum sustinuerit onera matrimonii. Et *in fine* addit, id tantò magis procedere, si viro solverentur annuatim fructus

fructus ratione dilatæ solutionis. Quāvis contrarium consuluerit *M. Anton. Peregrin. conf. 88. num. 2. cum seqq. volum. 2.*



QUÆSTIO VIII.

DOTEM ITA DICTAM, UT POST MORTEM PROMITTENTIS CERTA pecuniæ summa ad sponsam perveniat, eaque tunc marito dotis loco inferatur, an lucretur maritus sponsa ante promittentem defuncta.

1. *Mortis mentio non semper donationem aut contractum mortis causa inducit. Utputa si dilationis tantum causa ejus mentio fiat, numer. 2. & in verbis executivis, numer. 3. Aut alia causa donationis præcessit, num. 6. quod declaratur, num. 90. cum seqq. ut meritor. num. 7. vide num. 91. matrimonii, num. 8. dotis, num. 9. 19. 42. vide num. 59 num. 10. vide numer. 95. Aut tertii cujusdam intersit eam non revocabilem esse, numer. 11. 15. contra num. 96. Aut adiecta sit promissio de non revocando, numer. 12. aut ratam habendo, numer. 13. Declaratur numer. 97. & 99. Aut requisita donationis causa mortis desinat, num. 14. Aut clausula, Omni meliori modo, adiecta sit, num. 18. vide numer. 108. Aut correspectiva ad alteram sit donatio, num. 29. Et in dubio inter vivos donatum præsumitur, num. 41. Mortis autem mentione facta regulariter mortis causa donatio fieri censetur, num. 49. & 56. 121. præsertim quando ea mentio in ipsis verbis dispositivis fit, num. 50.*

4. *Dies solutioni apposita obligationis substantiam non minuit.*

5. *Verba* Kommen vnd Fallen / *non semper successionem, sed etiam contractuum jura denotant, vide tamen numer. 53. 89.*

14. *Donatio causa mortis præsentiam donatarii requirit. Declaratur num. 100. quod sufficiat interventus tertii.*

16. *Donans alicui bona sua post mortem inter vivos non causa mortis donare censetur, vide num. 105.*

17. *In Præfatione dicta in sequentibus censentur repetita eaque declarant, non tamen ita ut naturæ contractus adversentur, num. 109.*

19. *Dos semel dicta irrevocabilis est & 23. etiam in actu aliàs revocabili, num. 21. vide tamen num. 110. Etsi incerta sit, num. 110. & 24.*

20. *Voluntas disponentis ex subjecta materia declaratur etiam contra proprietatem verborum.*

22. *Dos quibuscunque verbis constituta debetur, etiam sponsæ absenti promissa acquiritur, num. 101.*

23. *Donatio dotis causa præsumitur.*

25. *Matrimonii favore multa specialia in jure introducta. Ejusque contractus bonæ fidei censetur, num. 35. & in commodum ejus interpretatio facienda, num. 43. non tamen favor ille pertinet ultra casus in jure expressos, numer. 111. ubi plura.*

26. *Donatio matrimonii causa facta ob ingratitudinem non revocatur.*

27. *Dos & donatio propter nuptias reciproca sunt & pacta invicem extenduntur.*

28. *In donatione reciproca altera alteram interpretatur.*

30. *Contractus ex consuetudine loci interpretationem recipit, nisi aliud de mente contrahentium appareat, num. 114. Et quidem liquidò, 120.*

31. *Dispositio quælibet interpretanda ne sit elusoria, aut absurda, num. 33.*

32. *Dotem clusoriam constitui jura non patiuntur, & num. 34. Declar. num. 118.*

36. *Contractus inter Principes aut Illustres personas gestus, omni fraudis & elusionis suspicione vacare debet.*

37. *Verisimile quod est, maximè attenditur.*

38. *Donatio causa mortis per subsequentem hæredis institutionem revocata non censetur.*

39. *Actus subsequens precedentem intentionem declarat.*

40. *In contractibus mens potius quàm verba inspicitur, vide tamen num. 48. & 107. Declaratur num. 120. 124.*

42. *Pro dote in dubio respondendum.*

44. *Contra donatorem in dubio interpretatio facienda, aliàs autem mens donantis perspicuè attenditur num. 82. Declaratur num. 122. 126.*

45. *Benignior interpretatio in dubio capienda, & num. 85. 127.*

46. *Dies incerta quam tamen venturam constat conditionem non importat, ut puta: cum moriar.*

47. *Donatio in donantis mortem dilata ad hæredes donatarij antea decedentis transmittitur.*

51. *Dictio* der gestalt/ *Ita, modificat & declarat dispositionem cui adhæret, & formam inducit, num. 72.*

52. *Verbum* Todesfall / *non simpliciter mortem, sed incertum etiam ejus eventum denotat.*

54. *Donatio mortis causa censetur, quando dicitur relinqui Titio aliquid, & 58.*

55. *Contractus talis censeri debet, qualem verba demonstrant.*

57. *Donatio causa mortis donatario ante donantem defuncto evanescit, nec opus est alia revocatione, num. 119.*

59. *Dos etiam mortis causa promitti potest.*

60. *Qualitas adjuncta verbo adesse debet tempore quo dispositio sumit effectum.*

61. *Statutum excludens filiam dotatam intelligitur de dotata tempore successionis delata.*

62. *Verba in dubio potius restrictivè quàm demonstrativè posita censentur.*

63. *Concessio personalis censetur, quando respectu certæ qualitatis facta est quæ in hæredibus non reperitur. Item quando forma verborum hæredibus aptari non potest, numer. 64. Aut causa cessionis personæ tantum convenit, num. 65. Aut de superstitibus dictum sit, num. 6.*

65. *Dispositio quælibet ex causa interpretationem recipit.*

66. *Concessio ea spe facta quod alter concedenti superstes futurus sit, eo prius mortuo evanescit. & num. 70 multò magis si id exprimatur, numer. 68.*

67. *Renunciatio successionis hanc conditionem si superstiti delata fuerit hæreditas, aliàs nihil operatur.*

69. *Contractus conditionalis ad hæredes non transmittitur, quando conditio penitus defecit, & num. 123.*

71. *Dispositio quantumvis generalis ad casus incogitatos non extenditur.*

73. *Modus inducit formam & causam finalem.*

74. *Forma contractus ad unguem observanda.*

75. *Medio sublato per quod pervenitur ad extremum, corruit dispositio.*

76. *Ordo à quo rejicitur ab eodem Ordinantis providentia removetur.*

77. *Donatio facta alicui contemplatione alterius ordine successivo si primus capax non est, nec in altero obtinet.*

78. *Substitutiones plures successivæ si in prima deficit conditio, omnes corruunt.*

79. *Dispositum cessat cessante præsupposito.*

80. *Verba dispositionis quo aptari non possunt, eò nec dispositio pertinet.*

81. *Donatio etiam matrimonii causa facta pro mera liberalitate habetur, quando donans dotare aliàs non tenebatur. & num. 92.*

83. *Dispositio quælibet ex causa interpretationem recipit eaque cessante cessat.*

48. *Pro disposito habetur, quod disponens si interrogatus fuisset, disposuisset.*

86. *Casus qui evenit potius considerandus est quam qui evenire potuit.*

87. In

(a) FILIA cujusdam (a) Comitis cum nuberet alteri Comiti, Matertera ejus vidua pactis dotalibus coram Consiliariis Principis initis 10000. Joachimicos dotis nomine ea lege promiserat sponso, ut post mortem viduæ dotem promittentis hæc pecunia ad uxorem Comitis pervenire, & tum ab eadem tanquam dos inferri debeat hisce verbis formalibus: **Daß die Durchleuchtigste Hochgeborne Fürstin Witwe des Frewleins Mutter Schwester / dem Graffen 10000. Thal. zum Ehegelde der gestalt durch ihren Gesandten verheissen / daß dieselbe auff S. G. Gemahl nach J. F. G. Todesfall kommen vnd fallen / vnd dem Graffen als denn eingebracht werden sollen.** Promissionis hujus intuitu sponsus vicissim dotalitium juxta regionis consuetudinem, consentientibus Domino feudi & agnatis, intra certum tempus se constituturum recepit.

Paucis deinde septimanis post celebratas nuptias moritur nova nupta, vidua verò, quæ dotem promiserat, alteri nubit viro Comiti, & post quam aliquot annos superstes fuerat, decedit relicto testamento, in quo secundum virum hæredem instituerat, nulla facta mentione hujus dotis promissæ. Hinc igitur admodum difficilis orta fuit controversia inter Comitem dotem promissam, cujus solvendæ dies jam venerat, petentem, & viduæ promittentis hæredem, eandem tanquam morte novæ nuptæ extinctam solvere recusantem.

Nam etsi secundum juris civilis rationem marito dotis nomine nulla amplius actio competat soluto matrimonio, neque adeò in proposito ex dotis promissione sibi facta tanquam ex proprio jure inde quæsito agere possit, quia tamen secundum LL. Saxonicas maritus post obitum uxoris omnia mobilia, & inter hæc etiam dotem lucrari solet, atque idem etiam obtinet in dote in diem promissa, quantumvis mulier antequam venerit dies, objerit, quemadmodum quæstione præcedente firmavimus.

Ideò jure hoc Saxonico dotem uxoris prædefunctæ ad se maritum superstitem nihilominus pertinere contendebat actor. Quo ita stante, omnis inspectio in eo est, an dotis promissio in mortis Ducissæ dotantis casum ita concepta sit, ut nova nupta ante illam decedente unà cum morte hujus evanuerit; an verò salva atque integra nihilominus permanserit dotis petitio, quantumvis in mortis eventum dilata fuerit, & Comitissa antè discesserit.

Hoc autem judicatu non ita in proclivi est, cum ex variis hujus negotii qualitatibus, tàm ex verbis quàm ex mente desumptis, tot inter se pugnantes rationes concurrant, ut alterutram sententiam defendere longè sit facilius, quàm certi aliquid definire.

Ad verba enim hujus pacti quod attinet, etsi illa, dum in mortis casum expressè sunt concepta, actori plurimum adversari, & reo opitulari videantur, non tamen ita clara sunt, ut iis

1 tutò quis insistere possit, quippe † cum id perpetuum non sit, ut quoties mortis facta est mentio in contractu, inde rectè inferri possit, mortis causa factum esse donationem vel promissionem, sed facilè ab hac regula & conjectura recedi solet, ut post *Corn. consf. 289. col. 3. vol. 4. & Cravett. consil. 214. col. fin. docet Roland. à Vall. consil. 61. num. 28. volum. 2. quem refert Menoch. de præsumpt. 35. præsumpt. num. 1. lib. 3. Mantic. de conjectur. ultim. volunt. libr. 1. tit. 13. num. 4.*

2 At † primo quidem quoties effectus & executio obligationis in mortis eventum differtur, atque adeò dilationis tantum gratia mortis fit mentio, tum nihilominus contractus ille pro actu inter vivos habendus est, atque obligatio inde descendens firma atque rata manet, ut revocari amplius nequeat, ut *per l. Seja. §. fin. de donat. caus. mort.* docet *Baldus in l. 1. Cod. de jure dot. Alexand. consil. 14. nu. 2. vol. 1. Socin. sen. consil 53. n. 3. vol 1. & cons. 232. col. 1. vol. 2. Decius consil 500. nu. 9. Socin. jun. consil. 21. num. 7. & 12. volum. 2. Boer. decis. 353. nu. 12. Cravett. consil. 214. in princ. Riminald. jun. consil. 112. numer. 229.* (b) (b)

Neq; sane mirum, cum hoc, quod effectus obligationis post mortem differtur, nihil impediat, quo minus ipsa obligatio inter vivos consistat, ut quis ea devinctus teneatur, *l. 1. C. ut action. ab hered. & contra hered. l. hereditatem de bon. auctor. jud. possid. l. fin. Cod. de contrah. & comm. stipul. l. nam etsi, & ibi Dd. de condict. indebit. §. post mortem Instit. de inutil. stipulat.*

Præsertim verò dilationis † tantum causa de morte tum dictum censetur, quando in verbis executivis ejus tantummodo facta est mentio, *Baldus in addit. ad Speculat tit. de instrument. edit. colum. fin. vers. si quis donat. Alexan. in l. Quæ dotis numer. 25. & ibi Jason. numer. 32. solut. matrimon. Jason. consil. 169. col. fin. volum. 4. & complures alii citati à Riminald. jun. Instit. de donation. in princip. num. 921. nov. edit. & Menoch. in d. præsumpt. 35. num. 3. & Matic. de conject. ultim. voluntat. libr. primo, titul 13. numer. 12.* In proposito autem in verbis executivis tantum mortis videtur habita ratio. Nam postquam 10000. Thal. dotis nomine promissa sunt sponso, deinceps de eo, quando dos illa inferri debeat, actum, & tum demum mortis mentio facta fuit, idq; clarius denotat proprietas verbi (Einbringen inferre) quo usi fuerunt contrahentes: quippe cum hoc non ipsam dotis promissionem & obligationis substantiam, sed solutionem & illationem dotis jam promissæ, atq; adeò executionem tantum respiciat. 3

Meritò igitur locum hic doctrina jam adducta inveniet, ut secundum eã ex dotis hac promissione obligatio inter vivos irrevocabilis oriatur, quantumvis solutionis dies post mortem dilatus fuerit, cum † dies solutioni apposita obligationis substantiam 4

non

non immutet, *l. liber homo, §. decem. l. eum qui, §. qui ita & utrobiq. Jaſ. de verb. obligat. l. cedere diem & ibi not. de verb. ſignif. Bartol. in l. talis ſcriptura de leg. 1. Decius in l. in omnibus numer. 7. & ibi Cagnol. num. 6. de reg. jur.* Nec quicquam videtur referre, quod ipſi promiſſioni per dictionem (der geſtalt) verba ſequentia addita ſint; atque hoc ipſo obligationi modus quidam ſit præſcriptus. Nam cum ut dictum eſt, verba illa executionem tantum reſpiciant, atque inde etiam modus iis præſcriptus ad executionem tantum pertineat, utique obligationis ſubſtantiam propterea immutare non poterunt per jura adducta.

Sic etſi dictum fuerit, pecuniam hanc poſt mortem Ducissæ ad ſponſam devolvi & pervenire debere: hoc tamen etiam, ut ſequentia verba denotant, ſolutionis gratia, atque ideò adjectum videtur, ut conſtaret, quo tempore per dos ſolvenda eſſet.

5 Neque † enim proprietas verborum (Kommen vnd Fallen) hoc neceſſariò requirit, ut ſucceſſionis jure ad aliquem perveniat, ſed etiam id, quod ex contractu percipitur, ad aliquem dicitur pervenire, præſertim quando de re particulari agitur, *l. perveniſſe, 171. cum ibi notat. de verb. ſignif. l. 2. per tot. de hæred. vendic. l. 4. §. 1. ſolut. matrim. & alibi paſſim.* Eadem ratione nihil obſtat conſideratio particulæ (Als dann tum.) Nam etſi hæc temporis extremitatem denotare ſoleat, quia tamen ſolutionem tantum reſpicit, ut verbum (Einbringen) ſatis declarat, ipſam obligationis ſubſtantiam non magis, quàm reliqua ſolutionis gratia adjecta; immutare poterit.

6 Secundò † hanc ſententiam plurimum adjuvat id, quod communiter traditur, quoties alia vel ſubeſt vel præcedit cauſa donationis vel promiſſionis, tum etſi mortis facta fuerit mentio, potius tamen ob aliam cauſam accedentem eam pro donatione ſive promiſſione inter vivos habendam eſſe, ut ſcripſit *Bart. & Caſtr. in l. nam ſi cum moriar. de condict. indeb.* quem ſequitur *Jaſon. in l. quæ dotis, num. 44. ſolut. matrim. Guliel. Benedict. in c. Raynutius in verb. teſtamentum 4. num. 23. verſ. 5. intelligitur, Grammat. deciſ. 73. nu. 12. Maſcard. de probat. conſ. 561. nu. 30.*

Ideoque † ſi merita donatarii antecesſerint, tum etſi donatio in mortis eventum collata fuerit, nihilominus tamen ex cauſa meritorum antecedente pro donatione inter vivos reputanda erit, *Bald. in l. ſi mortis C. ad l. falcid.* quod refert *Tiraq. in l. ſi unquam verb. donatione largitus num 45. C. de revoc. donation. Roland. à Vall. conſil. 61. num. 41. volum. 2. & multis defendit Rimin. jun. Inſtit. de donat. in princ. num. 943. in novis, ſequitur Mantic. de conject. ultim. volun. lib. 1. tit. 13. num. 14. Menoch. in d. præſumpt. 35. nu. 13. Magon. deciſ. Lucenſ. 87. num. 15. Maſcard. d. concluſ. 561. nu. 22.* 7

Sic † etiam quoties ob cauſam matrimonii aliquid donatum vel promiſſum eſt, tum mortis mentione non obſtante pro donatione inter vivos habendam eſſe per hanc ipſam doctrinam, tradit *Rimin. jun. in d. l. num. 167. & Menoch. num. 20. Panciroll. conſil. 59. numer. 96.* 8

Idem † in ſpecie obtinet, quando dotis cauſa promiſsio facta eſt. Nam cum dos irrevocabiliter dari ſoleat, inde etiam id, quod dotis cauſa promittitur, inter vivos donatum cenſetur mortis mentione non obſtante, ut firmat *Cavalcan. deciſ. 42. num. 1.* In caſu autem noſtro manifeſtum eſt, tàm dotis quàm matrimonii cauſa factam fuiſſe hanc promiſsionem, ſequitur igitur illam vel ob hanc ipſam cauſam pro irrevocabili promiſsione inter vivos habendam, quantumvis mortis mentio adjecta fuerit. Accedit hiſce tertiò, quoniam ſponſa cui dos iſta ſponſo à matertera promiſſa, donata cenſetur ipſius promittentis ſororis 9

 filia,

filia, atque adeò sanguine ei conjuncta fuit.

10 Nam † sicut alia causa, de quibus in præcedenti argumento diximus, ita etiam consanguinitatis causa hoc præstare solet, ut donatio sive promissio etiam sub mortis mentione facta pro contractu inter vivos habeatur, ut sensit *Roman. in l. Quæ dotis solut. matrimon. quem sequitur Socin. sen. consil. 137. col. 2. volum. 1. Guliel. Benedict. in d. c. Raynutius verb. testamentum 4. num. 23. vers. 3. intelligitis, Marant. consil. 140. num. 9. Roland. à Vall. consil. 61. num. 49. volum. 2. Menoch. de præsumpt. 35. nu. 39. Cavalcan. decis. 42. num 9.*

11 Quartò † suffragatur hisce, quod in proposito dos ista non solùm sponsę sub mentione mortis donatricis dono data, sed etiam & quidem principaliter sponso promissa erat, atque hujus tanquam tertii plurimum intererat, hanc promissionem firmam atque ratam esse: quare vel hinc pro contractu inter vivos potius reputanda erit: Cum quoties cum donante concurrit alius disponens, cujus interesset donationem non revocari, tum mortis mentione non attenta pro donatione inter vivos habenda esset, ut sensit *Baldus in l. pro hereditariis in fin. Cod. de hæred. actio. quem refert Guliel. Benedict. in d. verb. testamentum, 4. num. 23. vers. 4. intelligetis & ab Alexand. defendit Natt. consil. 104. num. 10 sequitur. Riminald. jun. in d. titul. de donatione in principio, numer. 986. Panciroll. d. consil. 59. numer. 95.* ubi inde ait: quando in donatione præter eum, cui donatur, alius intervenit, cujus intersit donari, tum esse donationem inter vivos: Quinimò ex hac ipsa doctrina Bald. tradi solet, tum demum ob mortis mentionem donationem mortis causa factam videri, quando illa à voluntate unius tantummodo dependet, secus verò, quando intervenit voluntas & judicium duorum, *Jason. in d. l. Quæ dotis, nu 45. Thoming. quæstion. 20. numer. 18.* Confirmantur illa quinto etiam ex eo, quod in pactis istis dotalibus contrahentes invicem promiserunt omnia ea, de quibus inter eos convenerat, firma rata atque illibata conservare.

Nam † quando in dispositione sub mortis mentione facta additur clausula, quod ab illà non recedere, neque eam revocare liceat, tum censetur esse dispositio inter vivos, ut probatur *in l. ubi ita donatur. de donat. caus. mort. not. gloss. in l. sed interim in princip. de donat. inter vir. & uxor. Bald. & Salic. in l. 2. Cod. de jure dot. Roman. cons. 513. in fin. Alex. in l. Quæ dotis in 6. limitat, & ibi Jason. numer. 30. solut. matrimon. & alii citati à Riminald. jun. in d. tit. de donat. in princip. num. 970. Menoch. in d. præsumpt. 35. nu. 21. & Joh. Vinc. Honded. consil. 40. n. 59. vol. 1.* (c) 12 (c)

Idem † etiam obtinere voluerunt, licet simpliciter quis promiserit donationem ratam habere, neque refragari velle, ut sensit *Paul de Castro, in consil. 61. & consil. 75. num. 7. vol. 2. Jason. in l. Non omnis si cert. pet. & in d. l. Quæ dotis num. 33. Decius in l. fin num. 21 C. de pact. & sequitur Didac. in rubric. de testament. part. 2. numer. 3.* & opinionem hanc veriorem & magis communem dicit *Panciroll. in d. consil. 59. num. 93.* eandem communem videri dicit *Marcabrun. ab Anguil. consil. 66. numer. 345.* 13

Sextò † hac etiam de causa promissio ista pro dispositione causa mortis haberi non poterit, quoniam desunt requisita ejus. Nam ipsa sponsa tanquam donataria non fuit præsens, cum tamen donatio causa mortis non nisi præsenti fieri possit, *l. inter mortis, de donat. causa mortis, cum aliis adductis à Simon. de Prat. de interpret. ultim. volunt. lib. 2. interp. 1. dubit. 1. solut. 12. numer. 25.* Deinde præter contrahentes 4. tantum personæ interfuerunt, atq; adeò quinque testium solennitas deest, quæ in donatione causa mortis requiri solet, *l. fin. C. de donat. caus. mort.* quare vel hac de causa pro contractu inter vivos habenda erit ista promissio. 14

Nam

Nam quoties in donatione non fuerunt adhibiti quinque testes, tum etsi mortis facta fuerit mentio, ut valeat potius, quàm pareat, inter vivos donatum censetur, ut post *Cyn. in l. licet, C. de pact. docet Alex. in l. qua dotis, num. 13. & ibi Jas. num. 56. solut. matrim. & alij citati à Rimin. jun. in d. loco num. 924. & Menoch. num. 4.*

15 Septimò † idem comprobat textus *in l. cum maritus, §. fin. de pact. dotal.* Nam ibi mulier dando dotem marito fuerat pacta, dotem reddi fratri suo post mortem suam, & frater ipsemet stipulatus fuerat: quæritur igitur, utrum mulier donans possit dotem legare alteri in præjudicium fratris, cui illā post mortem suam dono dederat, & respondet textus, hoc ei integrum non esse, & textum illum ad hoc singularem esse, dicit *Aretin. in consil. 74. eodemq. nititur Roman. in consil. 26. num. 5. Socin. sen. cons. 232. in fin. vol. 2. & Boert. decis. 353.* qui inde in casu quo mulier contrahens matrimonium omnia bona sua, quę mortis tempore superessent, dono dederat fratri sponsi hoc stipulanti concludit, donationem hanc tanquam inter vivos contractam revocari non posse.

16 Deniq; adminiculatur hisce omnibus doctrina † illa communiter approbata, qua traditur, quando quis bona sua alteri donat post mortem suam, quod tum effectus tantummodò post mortem collatus, atq; inde donatio inter vivos facta censeatur, *Bart. & Dd. in l. fin. C. de pact. & in l. stipulatio hoc modo de verbor. oblig. Decius consil. 225. num. 5. & consil. 236. num. 20. Paris. consil. 24. num. 55. & 56. vol. 2 Socin. jun. consil. 44. num. 14. vol. 2. Berous consil. 50. num 27. & 28. vol. 3. Boer. d. decis. 353. Gabriel. consil. 137. nu. 27. vol. 1. Cacheran. decis. pedem. 100. numer. 24. Simon de Præt. consil. 123. numer. 10. Marcabr. ab Anguil. consil. 6. numer. 1. Bursat. consil. 136. num. 4. Rimin. jun. consil. 580. numer. 1. & 10.* Ex his modò evidens est, etsi dotis hæc promissio in casum mortis Ducissæ promittentis concepta fuerit, quod tamen propterea neutiquam pro dispositione mortis causâ facta, sed potius pro contractu inter vivos existimanda sit, cujus effectus tantum post mortem dilatus sit. Idem clarius etiam apparebit, si præter verba hactenus considerata etiam mentem contrahentium ex variis hujus negotij qualitatibus indagaverimus. Ac primo quidem in præfatione asserebatur, contrahentes pacta dotalitia firma & perpetuò valitura, Eine krefftige/bestendige Ehebeređung inire velle. Quare vel hinc rectè colligitur, etiam eam, quæ deinde annexa est, dotis promissionem firmiter & irrevocabiliter atque adeo inter vivos factam esse: cum alioqui si mortis tantum causa promissa esset, illa pro libito revocari, neque inde diu consistere potuisset.

Dicta † enim in pręfatione censentur repetita in sequentibus, *l. item quia, §. fin. & ibi gl. de pact. l. quemadmodum §. fin. ad l. Aquil. §. praterea Instit. de inutil. stipul. l. filia, §. idem respondet, l. si quis cum aliter de verbor. oblig.* Et ex præfatione potissimùm intelligitur mens & voluntas disponentis, text. *in l. ult. de hær. inst. l. 1. ubi Bart. ad S. C. Maced. l. regula 2. licet vers. Initium constitutionis, de jur. & fac. ig. Panorm. in c. adversus, de immun. Eccles. Lanfranc in cap. quoniam contra nu. 2. de prob. Corn. consil. 312. num. 19. lib. 1. Dec. cons. 600. num. 1. Cravett. cons. 162. num. 25. Purpur. in c. cum quid. numer. 110. ubi Alciat. 5. art. pet. cum simil. congestis à Tiraq. in Reg. cessante causa, limit. 1. num. 64.* 17

Facit † huc, quod traditur, quoties donatio facta est omni meliore modo quo potest, quod inde pro donatione inter vivos habenda sit, cum hic melior ac firmior sit modus, *Corn. cons. 289. col. 7. vol. 4. Paris. cou. 90. col. 2. vol. 3. Roland. à Vall. consil. 8. nu. 24. vol. 1. Rimin. jun. in d. loco num. 952. & Menoch. num. 14. Bursatus consil. 136. num. 150.* (d) Secundò hoc ipsum persvadet etiam subjecta materia, de qua dictum fuit. Nam dos utique promissa fuit. 18 (d)

Dotis † autem ea est natura, ut postquam semel promissa est, amplius revocari nequeat, sed irrevocabilis sit, *l. fin. ibi vera est irrevocabilis, Cod. de dot. promiss. l. fin. Cod. ad SC. Vellejan. l. si post dotem, & ibi gloss. & Dd. Cod. de jure dot. l. cum post divortium, § praeterea, ff. eod. tit.* usque eò, ut neque etiam propter ingratitudinem revocari possit, *Baldus in d. l. fin. numer. 11. Boer. consil. 41. num. 8. Bertazoll. consil. 28. num. 60.* Quare credibile est, contrahentes ad hanc dotis naturam voluntatem suam accommodasse, & Ducissam hanc dotem irrevocabiliter atque adeò inter vivos promittere & executionem tantummodò post mortem differre voluisse: Cum alioqui si mortis causa promissio facta esset, dos facilè revocari potuisset, quod quia ab ejus natura & materia subjecta alienum est, etiam voluntati paciscentium minus videtur
(e) consentaneum. (e)

20 Voluntas † enim disponentis plerumq; à subjecta materia declarari solet, *l. damn. infect. in princip. & in l. fluminum, §. Haec stipulatio. de damn. infect. l. Insulam, de praescript. verb. l. fin. Cod. de non numerat. pecun.* Usque eò ut etiamsi verborum proprietas aliud designet, ratione tamen subjectae materiae etiam interpretationem illi magis congruentem accipiant, etiam in materia strictè intelligenda, *l. si ab uno, ubi not. Bartol. & Salicet. locat. l. si stipulatio. de usur. l. conditio in praeteritum, & l. decem, de verbor. obligat. l. 2. §. desinere, usufruct. quemadmod. cav. Alex. consil. 5. in fin vol. 4. Petr. de Ancharan. consil. 281. Decius in l. Non vult haeres esse num. 8. de regul. jur.*

21 Tertio † usque eò, dos semel promissa revocari amplius nequit, ut etsi in contractu, in quo poenitentiae locus esse solet, promissa fuerit, dotis tamen favore poenitere amplius non liceat, ut per text. *in l. si ego, §. 1. de jure dot.* docet *Bartol. in l. 2. §. si pecuniam, de donat. & in l. si pecuniam, §. 1. de condict. ob caus. Roman. in l. 2. solut. matrimon. Bald. in l. mandatum in 4. colum. Cod. mandat.* (f) *Didacus libr. 1. variarum resolutionum cap. 14. numer. 15. & 16.* (f) Sic licet mandatum morte mandantis finiatur, tamen favore dotis firmum permanet, ut *d. l. Si ego docet, Bald. novell. de privileg. dot. part. 6 privileg. 52.*

Quarto † tantus solet esse dotis favor, 22 ut ad ejus constitutionem & promissionem quaelibet verba sufficiant, *l. ad exactionem, C. de dot. promiss. ubi Bald. & alij, l. unic. C. de rei uxor. action.* & ut dotis constitutio effectum sortiatur, verba pro non appositis haberi solent, *l. cum pater, ubi gloss. de pact. dotal.* quin † 23 etiam dotis ratione donatio facta esse censetur, quae aliàs non praesumeretur, *d. l. unic. § accedit Cravet. consil. 15. n. 9.* (g) (g) Et dos semel promissa necessitatem solvendi omninò secum affert, *d. l. ult. 5. ad Vellejan. not. Dd. in rubr. solut. matrim. Tiraq. de retract. §. fin. numer. 32. in fin.* etjamsi dos incerta promissa † fuerit, 24 non enim propterea minus exigendi effectum habet, *l. 1. & ibi Dd. C. de dot. promiss.* usque eò, ut maritus possit expellere uxorem, si dos promissa non solvatur, *gloss. in § fin. verb. onera, de non elig. secund. nub. Abba in c. per vestras, numer. 4. de donat. inter vir. & ux. Guil. Pap. cons. 127. Boer. decis. 22. Didac. de sponsal. 2. part. cap. 7. num. 2.* Non igitur admittendum, ut haec solvendi necessitas captiosis verborum cavillationibus eludatur, sed ut dotis promissio conservetur & illa exigi possit, existimandum, illam purè & simpliciter potius quàm in mortis casum promissam esse: quippe cum longè facilius conservetur id, quod jam inesse deductum est quam ut de novo introducatur, *l. patre furioso ubi Jas. num. 8.* De his qui sunt sui vel alieni juris.

Facit † huc quintò favor matri- 25 monii, cujus respectu multa etiam specialia constituta sunt, *l. fin. ubi gl. de condit. appos. gl. & Dd. in c. 1. in princ. ut lit. non contest. not. Dd. in l. 1. solut. matrim.* praesertim verò conventiones matrimonii

tempore

tempore initæ majorem solent habere firmitatem, *Bald. in c. filii nati, si de feud. fuer. content. inter domin. & agnat. Tiraquell. de jure primogen. quæst. 6. num. 7. Caball. Milleloq. 410. Bertazoll. in consil.*
26 *28. num. 61.* qui † inde concludit, donationem factam in matrimonio revocari non posse ob ingratitudinem. Sextò idem confirmat, quod ob dotem hanc promissam sponsus dotalitium constituerat, & quidem ita, ut in potestate ejus amplius non esset, pœnitendo revocare. Nam vel inde dotis promissio purè & ea mente atque voluntate facta esse videtur, ne promittens pœnitere possit.

27 Cum † dos & donatio propter nuptias correspectiva & correlativa sint, & jura maximam inter ea æqualitatem requirant, *auth. æqualitas, C. de pact. conventis auth. de æqual. dot.* & propterea etiam pactum super uno interpositum ad alterum extendi soleat, *l. cum multa, §. fin autem C. de donat. ante nuptias, Afflict. decis. 269. num. 4. Boeri, decis. 23. nu. 7. & decis. 45. numer. 4. Roncheg. in l. eandem, numer. 55. de duobus reis.* Sic & aliàs dispositum in uno ex correlativis censetur esse dispositum in alio, *l. fin. C. de indict. viduit. l. fin. de acceptilat.* cum aliis adductis ab Everhard. in loco à correlativis,
28 & in donatione † quando illa est reciproca, quod tum altera secundum alteram intelligenda sit, sensit *Purpurat. consil. 42. num. 22.*

29 Et in specie donationem causa † mortis, quæ correspectivè ad alium contractum facta est, pro donatione inter vivos habendam, & propterea revocari non posse, *post Corn. in consil. 306. num. 7. vol. 3. & alios quos allegat, docet Simon de Prat. de interpret. ultim. volunt. Interpret. 1. dubit. 1. solut. 14. num. 14.* Idque septimò vel ideò magis urget, quoniam dotalitium necessariò requirit, ut dos inferatur, atque etiam ipsam dotem illatam absorbere solet, ut illa repeti amplius nequeat, quomodo igitur quæso is, qui dotem promisit, pœnitere poterit, dotalitio jam constituto: cum potius hoc ipso, quod respectu dotis dotalitium constitui curavit, ex hujus natura dotis inferendæ necessitatem sibi imposuerit, & dotis repetendæ facultatem amiserit. Octavò si ad communem hujus patriæ consuetudinem respexerimus, nemo inficiari poterit, pacta dotalia ita celebrari solere, ut is, qui dotem promisit, pœnitere amplius non possit, sed firmum atque ratum semper maneat id, de quo semel conventum fuit. Quare vel inde credibile sit, contrahentes ad hanc consuetudinem voluntatem suam accommodasse, & propterea de dote & dotalitio ita convenisse, ne alterutri à pactis resilire liceat, sed utraque pars hoc nomine devincta teneatur.

Quilibet enim contractus † juxta consuetudinem loci celebratus censetur, *l. quod si nolit, §. quia assidua. de adil. edict. l. si fundus, ubi gl. & Dd. de evict.* 30
Ideoq; semper id, quod fieri consuevit, inspiciendum, & ex eo interpretatio facienda est, *l. si quis donationis, de usufruct. l. ut liberis, de collat. in obscuris 115. de reg. jur. cum aliis citatis ab Everh. in loc. à solito.* Nonò si admiserimus hanc dotis promissionem mortis causa factam esse, tum quia promittens pro libito pœnitendo revocare posset, facilè eluderetur, tota hæc conventio tanta verborum atque alia solennitate celebrata, quod quia absonum est, minimè concedendum, sed ut effectum sortiatur ista promissio, ea pro contractu inter vivos reputanda est.

In † quavis enim dispositione ea facienda est interpretatio, ne ea reddatur 31
elusoria, sed potius effectum habeat, *l. quoties in stipulationibus, de verbo. oblig. l. quoties de rebus dub. l. Divus de usu & habit.* quippe cum nemo censeatur voluisse facere actum frustratorium, *l. si prætor. de judic. l. fin. ne quid in loc. publ. Cravett. consil. 23. num. 3. & consil. 33. numer. 10.* Decimò præter jam dicta plura etiam absurda alia inde sequerentur.

Nam

Nam in arbitrio Ducissæ promittentis dotem situm esset, utrum sponsam dotatam esse velit nec ne: Cum † tamen sponsus eam non nisi dotatam ducere voluerit, & jura indignissimum esse judicent, aliquam indotatam manere, *l. cum pater de pact. dotal. l. si ego, §. 1. de jure dot. l. ult. ibi. Neq; enim ferendum est, quasi casu fortuito interveniente mulierem fieri indotatam, & sic à viro forsitan repelli, C. ad SC. Vellejan.* Deinde si nova nupta diu superstes fuisset, & postea ante materteram, quæ dotem promisisset, decessisset, & hæc promissionem revocasset, maritus quantumvis onera matrimonii sustinuisset, fructibus dotis penitus destitueretur, quod absurdum esset: cum tamen jura velint, omnia dotis pacta ita esse interpretanda, ne dotis fructus ab oneribus matrimonii separentur, neve dotem mulier omninò non habuisse videatur, *d. l. cum pater, l. si pater, §. 1. vers. Cæterum, l. ob res, §. fin. de pactis dotal.* ideoque licet conventum fuerit, ne à patre dos petatur, hæredes nihilominus tenentur, *l. in rebus, §. fin. de jure dot.* Sic etiam admodum est iniquum, maritum dotalitij nomine devinctum esse, & tamen dotem, utrum ea inferatur nec ne, ab alieno arbitrio dependere. Præterea si maritus ante uxorem decessisset, viva adhuc Ducissa, tum nihilominus agnati successores viduæ relictæ, id quod dotalitii nomine promissum fuerat, solvere tenerentur, cum tamen incertum adhuc sit, an dotem, cujus respectu dotalitium constitutum fuerat, sint consecuturi, & vidua ante Ducissam moriente, vel hac revocante promissionem ab omni consequendæ dotis spe deciderent. Quod si hoc posteriore casu agnatos ob dotem non illatam dotalitio liberari admiserimus, tum saltem id, quod interim persolverunt, cum maxima ipsorum injuria amitterent, atque insuper vidua tàm dote quàm dotalitio destitueretur: quæ omnia absona & à recta ratione aliena videntur. Quare cum ex eo, quando promissio ista mortis causa facta esset, tot sequerentur absurda, vel ex hoc interpretatio ista minus admittenda, sed potius ut illa evitentur, existimandum, dotem simpliciter inter vivos promissam ad solutionem tantum post mortem dilatam esse.

32

Quælibet † enim dispositio ita est interpretanda, ne aliquid absurdi inde sequatur, sed ut istud, quoad ejus fieri possit, evitetur *c. si quando de rescript. c. cum teneamur, de præbend. l. 1. §. unde quæritur de publican. l. nam absurdum junct. l. præced. de bon. libert.* idque locum etiam obtinet contra propriam verborum significationem: potius enim illa ad improprium trahenda sensum quàm ut absurdum admittendum sit, *l. 2. C. de noxal. act. l. ut gradatim §. 1. de mun. & honor. Bart. Jas. & Dd. in l. non dubium C. de ll. cum aliis adductis ab Ever. in loco absurdo.* Ex quo etiam dixit Alberic. *in l. qui duos, per illum text. de manu. test.* interdum esse vim inferendam literæ, ut sanum & juri consentaneum intellectum capiamus: & verba cujusvis dispositionis quantumvis præcisa recipere temperamentum æquitatis docuerunt *Bart. Bald. & Paul. de Castr. in l. si stipulatus sum de verb. oblig. ubi Jas. multa congerit.* Quinimò undecimo si hæc dotis promissio mortis causa facta esset, maritus se delusum atque deceptum esse, jure conqueri posset. Nam cum non nisi dotatam ducere voluerit, hac dotis promissione tàm ad matrimonium contrahendum, quàm ad dotalitium constituendum inductus, atq; adeò inani tantum spe illectus esset, si Ducissa revocante, vel sponsa ante eam decedente, dotem reipsa consequi non posset: quod quia ab omni æquitatis ratione alienum est; jura minimè admittunt sed potius pacta ejusmodi † dotalia ita interpretanda esse volunt, ne maritus iis deceptus videatur, *l. si ego, §. 1. verb. sed benignius & l. pen. ib. quid enim si socer spe futuræ dotis generum induxit, & cum sciret se dotem præstare non posse, id egerit* 34

egerit, ut illum deciperet, de jur. dot. l. si donatarius §. *si quis de condict. ob caus.* Idq; duodecimo in proposito vel hac de causa magis locum habet, quoniam conventio matrimonii contrahendi
35 tempore facta fuit: In matrimoniis autem, & doris constitutione bona fides maximè exuberare, atque adeò omnis fraus & dolus ab iis abesse debet, cum ipsa inde descendens actio sit bonæ fidei, *l. 1. §. sed etsi non ignoremus, C. de rei ux. act. §. fuerat, Inst. de act.* Præsertim verò quia decimo tertio pacta ista dotalia nomine magni cujusdam Principis à Consiliariis ejus ad hoc deputatis inter personas illustres celebrata fuerunt. Nam vel ob hanc personarum dignitatem omnis sinistra fraudis vel etiam actus clusorii suspicio cessare debet.

36 Sed † credendum potius est, omnia bona fide sincerè atque eo animo gesta esse, ut omni meliori modo, quo possunt, valeant & effectum sortiantur, Bald. *in c. 1. §. si qua de pact. const. latè Jas. in §. actionum, col. 1. Inst. de act. & in l. civitas, nu 8. si cert. pet. Gozad. cons. 1. num. 13. Cotta in memorab. verb. contractus factus, Joh. Bapt. Plot. in l. si quando, nu. 560. C. unde vi, Cravet. cons. 95. num 9.* ubi ait, quod verba in contractu Principis magis liberaliter & gratiosè accipi debeant, *Hippol. Rimin. §. 1. num. 337. de donat.*

Decimo quarto ex omnibus circumstantiis hactenus consideratis, neque etiam verisimile est, dotem ita promissam esse, ut pro arbitrio promittentis eludi posset sponsus, sed credibile potius fit, eam inter vivos atque ita promissam, ut sicuti inter bonos agi oportet, firma ac rata maneant ea, de quibus semel fuit conventum.

37 In cujusvis autem actus † sive dispositionis interpretatione id potissimùm attendendum, quod est verisimile, *l. in obscuris de reg. jur. cap. inspicimus eod. tit. in 6. l. quare, §. inter locatorem, locat. l. Mævius, in princ. de leg. 2.* ubi quod verisimile non est, incredibile censetur, *l. cum avus, de condit. & demon. C. quia verisimiliter de præsumpt.* Et verisimilitudinem cæteris conjecturis & rationibus omnibus anteponendam esse, docet *gl. magn. in l. veteribus, de pact. quam sequuntur Bart. Baldus, & Angel. ibi. Oldrad. cons. 115. col. 2. vol. 1. Jas. in l. stipulatio habere, in 2. limit. de verbor. oblig.* Accedit tandem hisce omnibus, quod Ducissa quæ dotem promiserat, quantumvis sponsæ diu superstes fuerit, nihil tamen de eo, quod ob sponsæ obitum dotis promissione liberata esse velit, unquam dixerat, neque etiam condito deinde testamento ullam de eo mentionem fecerat, sed maritum secundum omnium bonorum hæredem simpliciter instituerat: quæ quidem hæredis institutio regulariter ejus efficaciæ esse non solet, ut per eam censeatur revocata † donatio causa mortis, sed 38
donator sive donatrix intelligitur potius hæredem institutum ad persolvendum id, quod promiserat, astringere voluisse, *l. cum hic status, § 1. de donat. inter vir. Aretin. consil. 74. numer. 11. Purpurat. consil. 42 numer. 25. Cravett. consil. 144. numer. 10 & consil. 234 num. 1. Didac. de testament. in rubr. 3. part. numer. 19. Cacheran. decis. 117. col. fin. Mantic. de conjectur. ultim. volunt. lib. 12. tit. 7. nu. 6. Bursat. consil. 136. numer. 152. Decian. cons. 74. numer. 46. vol. 4. Anchar. quæst. famil. 75. num. 11. lib. 1. Raudens. de Analog lib. 1. cap. 23. numer. 69.* quare etsi dicimus promissionem hanc mortis causa factam, quia tamen semper in eadem voluntate permansit donatrix, etiam hæres ejus promissione ista omninò devinctus esset, *d. l. cum hic status, §. 1.* Quinimò ex hoc ipso quod deinde semper in eadem permansit voluntate, magis credibile est, eam ab initio irrevocabiliter & inter vivos promittere voluisse.

Ex actibus enim subsecutis declara- 39
tur qualis fuerit † animus à principio, *§. pavonum, Inst. de rer. div. l. si servus plurium, §. fin. ubi Castr. & Jas. nu. 4 de leg. 1. l. si servus Comitis ita, de stip. serv. latè Dec. in l.*

in l.petens, num.11.C.de pact. & cons.847. num 5.cons.644.num.8.Cravett.cons.6.numer.30.& cons.33.num.13.Paris.cons.3.numer.7.lib.4. Cum itaque in hâc facti specie tot concurrant mentis conjecturæ, ex quibus verisimiliter colligitur, paciscentes in proposito potius irrevocabilem contractum inter vivos, quàm causa mortis celebrare voluisse, non videtur ambigendum, quin ex hac eorum mente atq; voluntate, dotem inter vivos, non autem mortis causa promissam esse, statuendum sit, quicquid aliàs ex verbis, quibus usi fuerunt, elici posset.

40 Nam in contractibus magis † mens spectanda est, quàm verba, *l. in conventionib. de verb.signif. l. sed Celsus, §. si fundus, de contrah. empt. l. promittendo, de jure dot. l. in conditionibus, de condit. & demonstr. l. ita stipulatus, §. Item si quis ita, de verbor. oblig.* & justum esse contrahentium voluntates potius quàm verborum conceptionem inspicere ait Impp. *in l.fin. C. quæ res pign. oblig. poss.* & sententiam ita præponendam esse verbis, ut præponitur animus corpori, monet Augustin. relatus *in cap. sedulo 38. distinct.* Alioqui enim propter nimiam verborum subtilitatem latitudo voluntatis contrahentium facilè impediretur contra *l. 1. in fin. Cod. ut act. ab hæred.* Ideoque etiam Modestinus reprobata opinione Labeonis verborum interpretatione nitentis sententiam Proculi mentem disponentis considerantis amplectitur, *in l. quisquis, de verb.sign. cum aliis congistis à Jas. in l. 3. C. de liber. præter. & Tiraq. in l. si unquam, in verb. libertis, num.47. & seq. & 58. C. de revoc. donat.* Multò igitur magis istud hoc loco observandum erit, postquam etiam verba usurpata ab hac contrahentium mente non esse aliena, satis jam est ostensum.

Quin etsi præter ea, quæ hactenus fuerunt deducta, vel propter verba, vel aliam ob causam probabile adhuc subesset dubium, tamen nihilominus in hanc sententiam respondendum & judicandum videtur.

Primo quia quævis promissio † donandi animo facta in dubio potius pro donatione inter vivos, quàm causa mortis habenda est, *l. Seja, de donat. caus. mort. Guilhel. Benedict. in d. cap. Raynutius verb. testamentum 3. num. 22. Corn. consil. 124. col. 2. & consil. 289. numer. 11. vol. 4. Francisc. Marc. decis. 485. numer. 1. libr. 1. Clarus in § donatio, quæstion. 4. in princip. Bellon consil. 60. num. 15. Bursat. consil. 136. numer. 45. Cavalcan. decis. 42. numer. 10.* qui post alios id communiter approbatum esse asserit: idque testatur etiam Cæsar Fiumag. *in repet. l. 1. nu. 52. de leg. 1.* monens inde hujus dicti nunquam oblivíscendum esse, quoniam videtur summovere regulã affirmativam, quæ traditur ob mentionem mortis donationem pro causa mortis habendam. 41

Secundò † quia in dubio pro dote respondendum est *in l. in ambiguis, de jur. dot. & in l. in ambiguis, ff. de reg. jur. ubi latè Decius & Cagnol. Jas. consil. 178. in fin. lib. 2.* adeò ut etiam opinio unius Doctoris faventis doti sit anteferenda communi, & in dotis promissione hunc esse sensum capiendum, qui mulieri magis sit utilis & favorabilis per d. jura ait Rugerius *consil. 38. numer. 106. vol. 1.* & in specie, quod favore dotis donatio in dubio sit habenda pro donatione causa mortis, firmat *Cavalcan. in d. decis. 42.* Facit huic tertio favor matrimonii, cujus † respectu facta est hæc promissio. Nam in hujus commodum interpretatio plerunque facienda est, *Barbat. cons. 3. col. penultim. & cons. 6. col. 2. libr. 1. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 71. num. 31.* 42 43

Quartò † quia in dubio interpretatio contra donatorem pro donatorio facienda est, *Alex. consil. 12. num. 7. vol. 2. Boerius decis. 171. num. 26. Cravett. cons. 51. numer. 15. & cons. 354. num. 12. & cons. 571. num. 13.* 44

Quintò huic sententiæ in dubio vel hac etiam de causa potius adstipulandum

dum videtur, quia ex iis quæ hactenus considerata fuerunt, illam esse longè æquiorem & benigniorem apparet.

45 Nam † ea semper est capienda interpretatio, quæ est benignior *l. Titius, de cond. & demonstr. l. fin. C. qui bon. ced. poss. l. si fuerit, de leg. 3. l. cum in testamento, de rebus dubiis, l. semper in dubiis de reg. jur.* sic & illa cæteris est anteponenda, quæ majorem habet æquitatem, *l. in his, de condit. & demonstrat. Bald. in l. cum allegat. in fin. C. de usur. Cravet. cons. 70. nu. 14. & consil. 135, num. 7. Menoch. consil. 15. in fin. & consil. 128. numer. 11.* Hoc igitur firmato, quod videlicet dotis hæc promissio pro contractu inter vivos habenda sit, nihil amplius refert, quod executio ejus post mortem Ducissæ promittentis dilata est, & quod ante illam decesserit sponsa.

46 Nam † dies incerta omninò tamen eventura in contractibus apposita, ut est mortis tempus conditionem non facit, *l. sub conditione & l. Nam si cum moriar ubi not. Bart. Jas. & Dd. de condict. indeb.* Ideoq; sicut in aliis contractibus in diem conceptis creditore ante diem decedente ad successores ejus transmittitur obligatio, *l. fin. C. de contrah. & commit. stipulat. l. 1. C. ut actio ab hæred. § post mortem Instit. de inutil. stipul.* quin etsi conditionem faceret, tamen etiam conditionalis obligatio ad hæredes transire solet, *§. ex conditionali Instit. de verb. oblig.* quamobrem in specie,

47 quod † donatio in mortis tempus dilata donatario ante donatorem decedente ad hæredes hujus transmittatur, docuit *Bald. in l. 2. col. 2. C. de jur. dot. & sequatur Aretin. consil. 74. col. 3. vers. tertio, monent. Alex consil. 14. num. 3. vol. 1. Aldebrand. consil. 93. numer. 6.* Neque his quicquam obstat *text. in l. cum pater, de pactis dotal.* dum Jurisconsultus ibi respondet, si pater dotem ita promiserit, ut se vivo non peti possit, & vivo patre filia decesserit, omnimodò dotem peti non posse. Ex quo videri posset, etiam in proposito dotem post mortem demum Ducissæ promissam peti amplius non posse, postquam ea viva sponsa decessit. Text. enim ille & similia jura procedunt tantum secundum jus commune, quo soluto matrimonio maritus dotem amplius petere non poterat, at secus est de jure Saxonico. Nam secundum istud, licet pecunia ista non tanquam dos peti possit, tamen tanquam res mobilis ad mulierem pertinens, & ea defuncta ad maritum superstitem delata peti potest. Nihil igitur huc facit juris civilis ratio, ut in quæst. præcedente firmatum fuit.

Cæterum etsi hæc atq; alia id genus sint ejusmodi, ut sententiam hanc facilè alicui persuadere possent, non tamen minoris ponderis sunt illa, quæ pro parte adversa militant.

Nam si quis verba hujus pacti diligentius, ut par est, perpenderit, liquidò inde apparebit, Ducissam decem millia dotis nomine aliter atque alio modo non promisisse, quam si pri. post mortem suam ad sponsam superstitem pervenissent, & propterea sponsa ante eam decedente promissionem hanc penitus evanuisse.

Verba † autem contrahentium diligenter consideranda, & ex his etiam de mente rerum judicandum est, *l. 1. §. si quis navem, de exerc. act. l. Labeo. § item Tubero, de supel. leg. l. Gallus, § quidam recte ibi. ut ex eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit, de lib. & post l. nepos Proculo, ubi Alciat. de verbor. sig. c. dilecti, ibi. ex tenore instrumenti evidenter apparet, quod hæc fuit mens & intentio ext. de donat. c. petitio, ibi. nos igitur ex tenore, de procur. cap. ex literis, de sponsal. Bald. in l. generaliter, 1. not. C. de non numer pec. & in l. ad cognoscendos, C. de ingen. man. Dec. in l. semper in stipulationibus, nu. 4. de reg. jur. Cravett. cons. 4. nu 21. & cons. 105. num. 2.* 48

Primo igitur † generalis & ab omnibus interpretibus uno ore approbata est juris regula, quoties in donatione sive promissione donationis animo 49

facta mortis sit mentio, quod tum illa mortis causa facta intelligatur, *l. Seja, in fin. de donat. caus. mort. l. fin. C. eod. tit. l. 2. C. de jure dot. l. apud Celsum, §. Julianus, de dol. except. not. Dd in l. Quæ dotis, solut. matrim. Roman. cons. 229. numer. 1. Alex. cons. 14. in princ. & consil. 81. num. 1. vol. 1. Corn. consil. 68. numer. 3. vol. 3. Decius consil. 305. Parif. consil. 16. numer. 4. vol. 2.* ubi communem conclusionem vocant, *& in. consil. 90. in princ. vol. 3. Jul. Clar. lib. 4. sent. §. donatio, quæst. 4 num. 4. & alij citati à Rimin. jun. Instit. de donat. in princ. num. 872.*

50 Et hæc quidem regula tum potissimùm absque † dubio procedit quando non in executivis tantum, sed in ipsis dispositivis & substantialibus verbis contractus mortis fit mentio. Nam tum istud minimè dilationis tantum causa factum, sed ideò, ut ipsa obligationis substantia in mortis eventum conferatur, atque hinc promissio sive donatio mortis causa esse intelligitur, *Bald. in addit. ad Specul. tit. de instrum. edit. col. fin. vers. si quis donat. Alex. consil. 14. num. 2. vol. 1. Socin. sen. consil. 53. num. 3. vol. 1. & consil. 232 num. 2. vol. 2. Jas. consil. 6. col. 4. vers. confirmo & fortius, volum. 3. Boërius decis. 353. num. 12. Didac. in rubr. de testam. pact. 3. num. 25. Anton. Gomez. lib. 2. variar resolut. cap. 4. num. 19. Mozzius de donat. sub tit. de divis. donat. numer. 19. vers. Tertius est casus.*

(b) (b) Modò si cum his verba hujus pacti contulerimus, evidens erit, in proposito non in executivis tantum sed in principalibus & dispositivis hujus promissionis verbis mortis factam fuisse mentionem. Non enim simpliciter dos sponso promissa & solutio ejus post mortem promittentis dilata, sed ita ea lege atque modo fuit promissa, ut post obitum ad sponsam perveniret, & tunc demum inferretur. Der gestalt verheissen / daß dieselbe auff S. G. Gemahl nach J. F. G. Todesfall kommen vnnd fallen / vnd dem Graffen alßdann eingebracht werden sollen. Ecce ipso promissionis verbo sequentia, ubi de morte dictum fuit, addita sunt per dictionem † der gestalt / ita ut, sive ea lege vel modo, de cujus natura est, ut modificet & declaret ea, quibus adjungitur, *l. Lucius, §. qua habebat, ad Trebellian Salicet. in l. ubi adhuc de jure dot. & in l. hac edictali, §. his illud, Cod. de secund. nupt. Curt sen. consil. 49. numer. 40. Socin. sen. consil. 49. col. 3. vol. 1.* Nemo igitur negare poterit, quin ipsi obligationis substantiæ hic modus insit, quod prius post obitum Ducissæ decem millia dotis nomine promissa ad sponsam pervenire debeant.

Et in specie quoties dictiones, ita, ut, vel, eo modo, ut adduntur verbo dono vel promitto, quod tunc ipsi obligationis substantiæ insit ille modus, firmat *Ciofius consil. 19 num. 16. vol. 2.* Pro cujus confirmatione considerandum est, quod duo hîc fuerunt promissa sponso, quorum alterum principaliter ad sponsam ipsam, alterum ad sponsum pertinet: Prius est, quod post obitum Ducissæ decem millia ad sororis filiam sponsam provenire debeant. Posterius quod hæc, postquam ad sponsam pervenerint, dotis nomine haberi atque inferri debeant. De priore nulla alia hic adsunt verba dispositiva, quàm hæc, quod post mortem Ducissæ ad sponsam pervenire debeant: Daß dieselbe auff S. G. Gemahl nach J. Fürst. G. Todesfall kommen vnnd fallen solle. Non itaque ambigendum quin quoad hoc, quod ad sponsam debeat provenire, attinet, ipsis dispositionis verbis insit mortis mentio. Et hæc quidem verba vel hâc de causa potius, quàm illa, quibus sponso dos fuit promissa, consideranda videntur.

Quoniam actor hic non ex dotis promissione sibi facta & proprio jure inde sibi quæsito agere potest, utpote soluto jam matrimonio, sed ex jure sponsæ ad eum propter LL. Saxonicas transmisso. Quicquid igitur alioqui ex dotis promissione marito facta dici posset, tamē

quia

quia constat in eo pacto, quod propriè ad sponsam pertinet, ipsis dispositivis verbis mortis mentionem additam, & omnem obligationis ejus substantiam in mortis eventum collatam esse, ex hoc potissimùm de promissione ista judicandum, atq; inde eam mortis causa factam esse, statuendum erit, propter generalem & communiter approbatam doctrinam paulò ante adductam. Faciunt hoc verba illa, Nach J. F. G. Todesfall kommen vnd fallen.

52 Nam vocabulum † Todesfall non simpliciter idem quod post mortem, sed aliquid amplius, scil. mortis eventum significat, atque adeò totam promissionem in incertum mortis eventum suspendit: quod proprium est donationis causa mortis.

53 Sic † etiam verba illa, Kommen vnd Fallen/devenire & cadere, etsi quoad hoc, utrum directam vel fideicommissariam dispositionem inducant, sint communia, ut plurimum tamen ultimæ voluntati & relictis conveniunt, *Bart. & Dd. in l. centurio, de vulgar. & pupill. cum aliis citatis à Sfort. Odd. de compendios. substit. part. 4. verb. devenire & cadere, Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 59. numer. 8. & seq.* vel hoc saltem denotant, quod priusquam mortis casus evenerit, quis nullum jus inde quæsitum habeat, id quod etiam donationi mortis maximè est consentaneum.

54 Ideoque † cum dicitur, donatario relinqui pecuniam donatam, conjectura hinc sumitur, mortis causa donatum esse, *Menoch libr. 7. præsumpt. 36. numer. 13. in fin.* Cum itaque secundum ista verba hujus pacti satis clarè denotent, hanc dotis promissionem mortis causa factam esse, utique de ea non aliter judicandum erit, non attento, quicquid aliàs rationes aliunde desumptæ suadeant.

55 Talis † enim censeri debet contractus, qualis ex verbis ejus apparet, *l. fidejussores Magistratuum, de fidejuss. l. sancimus, C. eodem titulo, l. si quis stipulatus sit Stichum de verbor. oblig. l. ad probationem, C. de probat.* & talem judicandum esse contractum, qualis in sui figura apparet, dixit Bald. *in c. 1. in princ. de feud. dat. in vic. l. commiss. quem refert Alex. consil. 3. col. 2. vol. 1. Abb. consil. 49. vol. 1. Cravett. consil. 20. num. 1.*

Et in specie quoties mortis facta est mentio, quod † tum ex ipsa verborum 56
vi & proprietate appareat, esse donationem causa mortis, & propterea aliter judicandum non sit, docuit Decius *in consil. 305. in princ. Paris. consil. 16. num. 7. vol. 2. Riminald. sen. consil. 241. num. 2. Julius Clar. in d. §. donatio. quæst. 4. numer. 4. Gabriel. consil. 96 numer. 1. vol. 2. Rimin. junior consil. 254. num. 94. & alij paulò ante citati.* Deinde hanc sententiam probat text. *in l. Seja, de dot. præleg.* Nam ibi Seja, cum nuberet, dotis nomine centum dederat, & Quintum Mutium adhibuerat, qui stipulatus fuit, dotem sibi reddi, si morte mulieris solutum fuerit matrimonium, deinde testamento dotem istam legaverat marito hæredi instituto. Quærebatur ergo, utrum Quinto Mutio contra maritum hæredem dotis nomine competat actio ex stipulatu; an verò maritus eum repellere possit exceptione ex verbis testamenti. Et respondet Jurisconsultus, si donationis causa eum stipulari permisisset (quod tum contingit, quando in suum commodum stipulatus est) videri eum in casum, qui morte mulieris extitit, mortis causa stipulatum, & ideò fidei ejus committi potuisse in eum casum dicendum fore.

Ecce disertis verbis Jurisconsultus ait, esse donationem sive pactum causa mortis, atque propterea mulierem pœnitendo & Mutium gravando eam revocare potuisse. Idem ergo in proposito statuendum, cum verba hujus promissionis expresè in mortis casum concepta sint, eam inde pro mortis causa promissione habendam esse. Quo stante, necessariò sequitur, cum sponsa donataria ante Ducissam promitten-

tem decesserit, hoc ipso donationem
57. hanc evanuisse; Cum quoties † donatarius ante donatorem decedit, donatio causa mortis corruat, *l. 1. l. si mortis causa, de donat. caus. mortis, l. non omnis, si cert. pet.* quippe cum hanc in se contineat tacitam conditionem, si superstes fuerit donataria, ac propterea hac ante decedente tanquam deficiente conditione deficiat, *l. si filiosfamilias, l. fin. C. de donat. caus. mortis.* Nec quicquam refert, quod hic non tàm de donatione, quàm
58 promissione agatur, cum etiam † promissio donationis causa facta pro donatione habeatur, & de ea in mortis casum concepta idem judicetur, quod de mortis causa donatione, ut apparet ex *d. l. Seja, de dot. praleg.* & docet post alios Bellon. *consil. 60, num. 9.* Sic etiam nihil impedit, quod dotis causa facta est hæc promissio.

59 Nam † dos etiam mortis causa promitti potest, & hoc casu eandem cum cæteris promissionibus mortis causa factis sortitur naturam, ut probatur *in l. si pater mulieris, de jure dot. & firmat: Riminald jun. consil. 254 num. 2.*

Præterea licet in medio relinqueretur, an dotis hæc promissio mortis causa facta fuerit nec ne, sunt tamen aliàs verba ejus ita concepta, ut ob hoc ipsum, quod sponsa ante Ducissam promittentem decessit, nullum amplius sortiri possit effectum: sive donationem ex promissione ista ipsi sponsæ, sive etiam dotis promissionem marito factam spectemus. Primo enim non simpliciter dicitur, decem millia dotis nomine promissa à matertera post obitum hujus ad sororis filiam pervenire debere, sed ad conjugem Comitis, Daß dieselbe auff S. G. Gemahl nach J. F. G. Todesfall kommen soll / atque adeò disertis verbis hoc requiritur, ut eo tempore, quando ad illam pecunia ista pervenire debet, matrimonio juncta sit Comiti.

Sed cum mox post contractas nuptias, & longè ante materteram, quæ dotem promiserat, decesserit, in aperto est, illam eo tempore, quo matertera obiit, non amplius conjugem Comitis esse, non igitur verba ista huc accommodari, neq; secundum illa pecunia ista ad eum pervenire poterit.

Qualitas † enim adjuncta verbo, à quo dispositio sumit effectum, secundum tempus verbi ita intelligenda est, atque inde ipsam dispositionem limitat *l. in delictis, §. si extraneus, de noxal. l. Titius, in princ. ubi Bart. de testam. milit. not. Dd. in l. si ex facto, in princip. de vulgar. & pupill. ubi Imol. numer. 1. in fin. & numer. 2.* dicit, quod cessante qualitate, cesset dispositio, *& Bald. in d. l. Titius,* ait, qualitatem, quæ est alicujus effectus, adesse debere tempore, quo dispositio sumere debet effectum. Idem sensit *Paul. de Castr. consil. 249 post princip. vol. 2. Alex. consil 5. num. 3. vol. 7. Felin. consil. 25. num. 23. Ruin. consil. 92. num. 17. vol. 3. Paris. consil. 9. num. 45. vol. 2. & consil. 62. num. 83. vol 4.* 60

Ex † quo etiam communiter receptum est, si statutum disponat, quod filia dotata non succedat, quia illud verbum (dotata) refertur ad verbum (succedat) filiam ipso successionis tempore dotatam esse debere, *Bald. in l. si plures, in antepenult. col. C. de condit. insert. Roman. consil. 442. numer. 2. Alex. consil. 151. numer. 1. vol. 2. & consil. 87. numer. 10. vol. 3. Cornel. consil. 96. col. pen. & consil. 127. vol. 2. Curt. sen. consil. 27. in fin. Decius consil. 24. & consil. 105. num. 2. Roland. à Vall. consil. 96. numer. 13. vol. 4.* Ubi post alios sententiam istam communem esse testatur. 61

Neque refert, si quis objiciat, Vocabulum † istud (Gemahl) potius demonstrativè positum esse, juxta doctrinam Bart. *in l. centurio, nu. 38. de vulgar. & pupill.* Nam quod verba in dubio potius restrictivè accipienda sint, sensit *gl. in l. cohæredi, §. cum filia, de vulgar. ubi Bald. Castrens. & Aret. contra Bart. hoc tenent. Ripa in l. 1. num. 30. & seq. de vulgar. & alÿ* 62

citati

citati à Surd. de aliment. tit. 9. quæst. 30. numer. 47. Idq; potissimùm obtinet, quia hîc concurrunt etiam alia, de quibus mox dicemus. Secundo ex hoc ipso quod tempore, quo pecunia illa ad sponsam pervenire debet, requiritur, illam esse conjugem Comitis, evidens est, qualitatem ejus hæredibus vel successoribus minimè posse competere: quare vel inde sequitur, hanc concessionem personalem planè esse, neque sponsa ante Ducissam decedente ad hæredes vel successores ejus transmitti potuisse, sed cum persona extingui.

63 Nam † quoties qualitas, quæ in persona ejus, cui facta est concessio, fuit considerata, cessat in persona hæredum, tum illa ad hæredes transire non solet, not. *in l. veteris, C. de contr. & com. stip. Bart. in l. continuus, §. si ab eo, de verb. oblig. Alex. consil. 105. numer. 22. vol. 3. Bero. consil. 134. num 9. vol. 1. Bursat. cons. 131. nu. 49. Cagnol. in l. id quod nostrum, num. 8. de reg. jur.*

Tertiò inde apparet, neque etiam verba hujus dispositionis hæredibus sponsæ convenire quamobrem hac etiam de causa pro personali habenda erit.

64 Cum † ubi forma verborum non patitur, pactum ad hæredem non transmittatur, ut per *l. tum quia ita, §. qui ita, de verbor. obligat.* docet Bald. *in cons. 512. vol. 2.* quem refert & sequitur *Simon de Pæt. consil. 160. num. 3.*

Quartò idem clarius elucet ex causa, qua Ducissa mota fuit, ut hanc pecuniæ summam sponsæ dono daret. Nam cum sororis ejus filia, atque ita sanguine ei juncta fuerit, de dote eidem prospicere voluit, ut non solùm eò facilius maritum inveniret, sed etiam dotalitium, quod secundum morem hujus regionis pro quantitate dotis constitui solet, consequatur, atque ita optimè ei consultum esset, neque tamen hæ causæ apud Ducissam tantum valuerunt, ut propterea in vita pecuniam hanc sponsæ concedere, sed post mortem demum suam ad eam pervenire voluerint.

Hæ autem causæ omnes personam duntaxat ipsius sponsæ respiciunt, in hæredibus verò & successoribus ejus, multò verò magis in marito penitus cessant. Sequitur igitur, concessionem hanc ad hæredes sponsę minimè transire, sed cum morte ejus extinctam esse. Nam † quælibet dispositio ex causa interpretationem recipere solet, *l. cum pater, §. dulcissimis de leg. 2. l. adigere, §. quamvis, de jure patron.* & in specie quando causa dispositionis personæ tantum convenit, quod illa inde personalis esse censeatur, probatur *in l. maritum cum l. seq. solut. matrim. & in l. et si fidejussor, l. si maritus, de re judic.* per quæ jura hoc tradit *Menoch. præsumpt. 103. num. 12. lib. 3.* Ex hac quoque causæ consideratione rectè colligitur, Vocabulum (Gemahl) limitativè potius, quàm demonstrativè positum esse, ut in primo argumento dictum fuit, quippe cum ex causa potissimùm verba accipienda sint, per jura citata. 65

Quintò hinc evidens est, Ducissam ea mente atq; consilio hanc pecuniam concessisse sororis filiæ, quia certò existimavit eam sibi fore superstitem. Tum quia post mortem demum suam hanc pecuniam ad eam pervenire voluit, quod utique nisi superstes fuisset, fieri non potuisset: Tum quia ad eam tanquam conjugem Comitis pervenire voluit, quod ea tam subito in matrimonio decedente contingere nequit: Tum denique quia illi post obitum suum de dotalitio prospicere, atq; optimè consulere voluit: quo certè postquam tam citò decessit, opus amplius non habuit.

Ut proinde dubium non sit, quin Ducissa hoc certo secum constitutum habuerit, sororis filiam sibi superstitem fore, & propterea hoc respectu post mortem suam pecuniam hanc ei concessisse.

Certum autem † est, quotiescunque 66

post mortem suam quis alteri ea mente concedit aliquid, quod cum sibi superstitem fore existimavit, quod tum ejusmodi concessio hanc tacitam in se recipiat conditionem, si superstes fuerit, & propterea hoc ante donatorem mortuo, etiam donatio sive concessio tanquam deficiente conditione corruat atq; deficiat, ut post alios, quos allegat, firmat *Alciatus in consil. 99. nu. 17. & Cephalus consil. 312. num. 84. & 85. Menoch. consil. 442. num. 32.*

67 Et probatur ex eo, quod de renunciante futuræ successioni traditur, hunc † istud ea mente facere, quia se superstitem fore sperat illi, cujus successioni renunciat, & propterea renunciationi hanc inesse tacitam conditionem, si ei superstiti delata fuerit successio, atque ex hoc tanquam deficiente conditione evanescere renunciationem, si prius decesserit, ut uno ore tradunt *Dd. in l. qui superstitis, de acquir: hæred. & in l. pactum quod dot. Cod. de collat. & in l. stipulatio hoc modo de verbor. oblig. & in cap. Quamvis de pact. in 6. Ruin. consil. 50. num. 7. vol. 3. Gozad. consil. 75. in fin. Purpurat. consil. 130. & consil. 308. Alciat. consil. 358 Grammat. decis. 57. num. 3. Marant in disputat. 10. num. 13. Roderic. Suar. in l. Quoniam in prioribus, limit. 2. Cod. de inoffic. testament. Vasquius de success. resolut. libr. 3. in l. si quando, §. illud numer. 57. Cod. de inoffic. testament. Cravett. consil. 84 numer. 5. & consil. 127. numer. 1. & complures alij citati à Cephalo con. 334. & Surd. consil. 133.*

68 Facit † huc, quod in simili traditur, quoties dictum est de superstitibus, quod tum dispositio hanc censeatur habere tacitam conditionem, si superstites fuerint, & propterea his ante decedentibus corruat, neque ad hæredes ejus transeat, ut firmat *Alex. consil. 109. num. 4. & sequen. volum. 7. Socin. sen. consil. 76. num. 6. vol. 3. Paris. consil. 37. num. 54. vol. 2. Menoch. consil. 200 numer. 32 & seq. & num 95. & 107 Gabriel consil. 121. nu. 13. vol. 1.* Quare cum in proposito etiam Ducissa hanc pecuniæ summam post mortem sororis filiæ concesserit, quia eam sibi superstitem fore existimavit, atq; ex eo promissio hanc in se tacitam conditionem habuerit, si superstes fuerit, res verò aliter ceciderit, atq; sponsa ante illam decesserit, etiam concessio ista tanquam deficiente conditione corruet, neque ad successores sponsæ tranare poterit.

Quantumvis † enim contractus conditionalis pendente conditione ad hæredes transmitti soleat, res tamen aliter sese habeat, quando ipsa conditio defecit, *l. necessariò, de peric. & commod. rei vend. l. hac venditio in princip. de contrah. empt. l. pecuniam si cert. pet. declar. Ceph. in d. cons. 312. n. 84. & 85. & Bursat. 131. n. 63.* 69

Ideoque † etiam in casu simili, quo pactis dotalibus parentes post mortem suam aliquid dono dederant filiæ, quia eam sibi superstitem fore speraverant, hac ante parentes defuncta donationem tanquam deficiente conditione caducam fieri firmat, *Natt. consil. 676. num. 6 & 19.* Sexto ex hoc ipso, quod constat, Ducissam omninò sperasse sororis filiam sibi superstitem fore, credibile etiam fit, illam de eo, quod sororis filia ante se multo verò minus tam subitò post contractum matrimonium decessura esset, ne cogitasse quidem, quare vel hac de causa eo minus ad casum hunc improvisum & planè non cogitatum, extendi poterit concessio ista, cum juris indubitati sit, quamlibet dispositionem † quantumvis generalem de eo tantum casu accipiendam, de quo verisimiliter cogitavit disponens, ad alia verò præter mentem ejus contingentia minimè esse extendendam, *l. 2. §. quæsitum, si quis cautien. cap. Quintavallis, de jurejur. cum simil.* ideoq; in quacunque dispositione semper videtur exceptus casus in principio verisimiliter non cogitatus, *l. qui tutoribus, in fin. & l. mater decedens, de inoffic. testament. not. Bart. & Dd. in l. Qui Romæ, §. duo fratres de verb. oblig. Tiraquell. in l.* 71

in l. si unquam in fin. Cod. de revoc. donat. Et hæ quidem rationes hactenus considerata potissimùm concernunt donationem, quæ in pactis hisce dotalibus ipsi sponsæ sive ea præsens fuerit sive absens juris interpretatione facta intelligitur, *l. 1. Cod. de rei uxor. act.* Cumque manifestum inde fiat, sponsæ propterea, quia ante materteram donatricem decessit, nullum jus fuisse quæsitum, neque eam ad hæredes sive successores quicquam transmittere potuisse, sed totam hanc concessionem tanquam defecta conditione per mortem ejus evanuisse, consentaneum modis omnibus est, ad maritum ejus vigore donationis illius nihil potuisse pervenire, neque adeò eum pecuniam istam ex jure uxoris præmortuæ in se translato petere posse.

Septimò sententia ista magis firmabitur, si aliam dotis promissionem ipsi sponso factam consideravimus. Nam Ducissa ea lege atque conditione decem millia dotis nomine promisit sponso, ut pecunia ista post mortem suam ad sororis filiam pervenire & tunc dotis nomine inferri debeat. Circa quæ verba notanda est inprimis proprietas dictionis der gestalt / ea lege vel modo ipsi promittendi verbo atque adeò obligationis substantiæ annexa.

72 Hæc † enim declarare, modificare ac limitare solet dispositionem, cui additur per jura supra citata: quin imò certam formam censetur negocio præscribere, *glos. in l. Julianus verb. ita de condit. & demonstrat. Cephal. consil. 610. num. 35.* & idem valet, ac si dicatur, hoc modo & non alio, *Bartol. in l. quibus, §. Termilius, de cond. & demonstr. Angel. in l. nulla, de ll. Jas. in l. si Titio, de leg. 1. Ruin. cons. 1. nu. 12. vol. 4. Decian. consil. 57. nu. 34. vol. 1.*

Idque vim habet conditionis & inducit formam specificam, & non recipit alium intellectum & modificationem separatam à verbis, ut per not. *glos. in l. siquidem, & ibi. Bald. de except.* docet *Alexand. consil. 3. col. 2. volum. 1.* sicut & † aliàs id quod ponitur sub modo, dicitur de forma, *Bald. in authent. ut lic. Matri & Aviæ*, quem refert & sequitur *Abb. in d. c. cum dilecta, numer. 6. de rescript.* & quod causam finalem inducat, firmat *Paris. consil. 19. numer. 8. volum. 2.* Fuit igitur verbis hisce promissioni dotis hic certus modus, & hæc forma præscripta, quod decem millia prius post mortem Ducissæ ad sororis filiam, & quidem conjugem Comitis pervenire debeant: & hoc facto deinde dotis nomine promissa esse censeantur, ac tum demum pro dote debeant inferri. Hæc autem forma & hic modus observari planè non potest, postquam ante Ducissam decessit sponsa, quippe cum ad illam prius pervenire pecunia ista nequeat. Quare vel propter hunc formæ & modi defectum promissio ista sua vi penitus corruet, atque evanescet. 73

74 Forma † enim contractus ad unguem debet observari, *Bald. in l. cessante, C. quomod. & quand. jud. & in c. ex literis in fin. de constit.* neque per æquipollens adimpleri potest, *c. cum dilecta de rescript. l. diligenter, mandat. Bartol. & Dd. in l. Gallus, §. & quid si tantum, de lib. & post. Roland. à Vall. consil. 59. nu. 35. vol. 3.* Ubicunque autem forma requisita non observatur, tum actus redditur nullus, *c. cum dilecta ubi Felin. in verb. gesta contra formam, de judic. c. provide, de elect. lib. 6. Bald. in c. cum adeò, numer. 9. de rescript.*

Octavo ex hoc ipso, quod Ducissa promittens summam eam prius ad sororis filiam superstitem pervenire voluit, quam dotis loco haberetur, apparet dotem hanc mediante tantum persona sponsæ promissam esse: quare cum illa, priusquam ad eam perveniat hæc pecunia, decesserit, hoc ipso tanquam sublato medio cessat etiam dotis promissio.

Nam † quotiescunque tollitur medium, per quod pervenitur ad extremum, tollitur etiam dispositio, *l. qui bella, §. fin. l. si mihi, §. pen. de servit. rust. præd. l. Pomponius, §. quæsitum, de acquir. poss. l. qui habebat, & ibi Angel. & Aretin. de vulgar. & pupill. Everhar. in loc. ab extrem.*

76 Sic etiam † à quo ordo reiicitur, ab eodem ordinantis providentia removetur, quia ordo dat esse & perfectionem secundum Bald. *in l. 1. §. jus naturale, de just. & jur.* Nono tum ex eo, quod pecuuia ista prius ad sponsam pervenire debuit, tum ex multis aliis circumstantiis manifestum est, dotem hanc sponso contemplatione sponsæ tantummodo & ea mente, ut illa prius pecuniam hanc consequatur, promissam esse. Cum igitur in persona ejus nullum habere potuit effectum, sequitur etiam inde promissionem hanc in sponso omni penitus effectu carere.

77 Nam quando alicui donatio facta est contemplatione alterius, qui prius † illius capax esse debebat, eaque in hujus personæ effectum sortiri nequit, tum neque is, cui post illum res donata est, eam consequi potest, ut sensit *Bald. consil. 291. incip. factum tale est quodam nomine volum 3. Fulgos. consil. 17. Bolognet. consil. 74. Decius consil. 470. num. 10. Alciat. consil. 99. num. 17. Menoch. consil. 84. num. 16.* & in casu persimili idem firmat *Natt. consil. 676. num. 26.*

78 Sic etiam † quoties plures successivè uni sunt substituti, & deficit conditio in primo, ad quem res prius pervenire debuerat, tum neque sequentibus locus esse solet, *l. si mater, §. 1. l. qui habebat, de vulg. & pupill. ubi not. Angel. Imol. & Dd. Oldra. consil. 477. quem refert Joh. Andr. in addit. ad Specul. tit. de testament. §. 1. in verb. occurrit hic, Paul. de Castr. consil. 152. col. 1. volum. 1. Alexand. consil. 1. numer. 1. & 10. vol. 1. & consil. 139. num. 4. volum. 1. Corn. consi. 199. volum. 2. Socin. sen. consil. 62. numer. 2. & consil. 116. ante num. 5. volum. 3. Decius consil. 50. col. 1. & consil. 238. col. 1. Ripa in l. 1. num. 92. de vulgar. & pupill. Ruin. consil. 96. in fin. & consil. 104. col. 2. volum. 2. Socin. jun. consil. 118. num. 17. 18. volum. 1. Natt. consil. 676. num. 26. & 27. & consil. 671. numer. 18. & seq. Roland. à Vall. consil 57. num. 56. & consil. 58. num. 21. volum. 3. Cephal. consil. 312. num. 97. Decianus in Apologia cap. 17. numer. 6. & 8. Pancirol. consil. 59. sub num. 5. & 41.*

Et licet aliqui istud in dubium vocent, ii tamen eo de casu loquuntur, quando non satis constat, disponentem hoc omninò voluisse, quod dispositio in persona primi effectum habere debeat, at quando, ut in proposito, manifestum est, rem ad primum omninò pervenire debere, priusquam illam posterior consequatur, tum in eo omnes conveniunt, quando in primo deficit dispositio, reliquos non admitti.

Facit huc decimo illud vulgatum, quo traditur, quoties † cessat præsuppositum, cessare etiam dispositum, ut 79
not. *gl. communiter approbata in l. mancipia, C. de servit. fugit.* Nam constat apud hanc dotis promissionem certo fuisse præsuppositum, sponsam Ducissæ superstitem fore, atque inde pecuniam hanc primo ad ipsam perventuram. Utrumque autem horum cessat ea ante defuncta, sequitur igitur hoc ipso etiam promissionem tanquam dispositum evanescere. Ut enim locum habeat dispositio, ante omnia præsuppositum verificari debet, ut docet *Bart. in d. l. mancipia, Roman. singul. 495. Dec. consil. 90. n. 2. & consil. 251. n. 5. Ruin. consil. 38. nu. 5. vol. 1. Soc. jun. consil. 114. num. 22. vol. 3. & complures alij citati à Surd. consil. 150. n. 78. & consil. 179. n. 39.* Ubi verò præsuppositum amplius locum non habet, ibi nec dispositio locum invenire potest, *l. hoc accusare §. omnib. de accusat. l. ita autem, ubi not. Bart. de admin. tutor. Alex. in rubr. sol. matr. n. 22. Fel in c. nonnulli col. 31. verb. ubi verba de rescript. Dec. consil. 201. n. 2. Ceph. consil 90. n. 51.*

Unde-

80 Undecimo † ex iis, quæ hactenus fuerunt considerata, manifestum est, etiam verba hujus promissionis ad eum casum, quo sponsa ante Ducissam promittentem decederet (ut contigit) adaptari non posse, quare ea de causa quoque tanto magis cessabit promissio. Cum quoties verba deficiunt, & verificari nequeunt, nec ipsa dispositio locum habere possit, *l.4.§.toties, ubi Bartol. & Dd. de damn. infect. cum simil. latè adductis per Felin. in d.c. nonnulli, col.31. verb. ubi verba de rescript. & plenius Tiraq. in l. si unquam verb. libertis numer.2. C. de rev. donat.*

Duodecimo pro confirmatione præcedentium considerandum est, quod etsi hæc promissio ob causam dotis & matrimonii facta sit: nihilominus tamen quoad ipsam Ducissam promittentem ex mera ejus liberalitate profecta sit, quippe cum illa sponsam dotare necesse planè non habuerit,
81 quo † casu donatio etiam ob causam matrimonii facta ex mera liberalitate profecta intelligitur, ut post alios quos allegat, firmat *Riminald. jun. consil.254. num.2. & consil.295. num.70. & Decianus consil 72 num.29. volum.1.* Quare in potestate & arbitrio ejus fuit, eam, quam voluit, legem imponere huic liberalitati, *l. ob res, §.1. ibi legem enim suæ rei dixit, de pact. dotal.* & cum hanc, de qua nunc agimus, imposuerit, illa servanda modis omnibus erit, *l.1. & 2. Cod. de donat. quæ sub modo.*

82 Decimo † tertio ex hoc ipso sequitur, in hac facti specie mentem & voluntatem Ducissæ hanc liberalitatem exercentis potissimùm spectandam, cum donatio à donantis tantum voluntate dependeat, *§.1. Instit. de donat. ibi. cum donator voluntatem manifestaverit, Riminald. jun. consil.493. numero secundo.*

Et hæc quidem ejus mens rectius indagari non poterit, quàm si causam, quæ ad hanc liberalitatem eam permoverit, consideraverimus. Et si autē ob matrimonium & causa dotis facta fuerit ista promissio, hanc tamen non fuisse proximam neque principalem causam, ex eo manifestum est, quoniā nisi sponsa sanguinis vinculo juncta Ducissæ, sed penitus extranea fuisset, utique illam non dotasset, quantumvis matrimonium contraxisset. Verum quia sororis filia erat, eidem hac ratione consultum voluit.

Non tamen hæc ratio tantum apud Ducissam valuit, ut propterea se viva hanc ei dotem daret, sed demum post mortem suam ad illam superstitem pervenire voluit, quare evidens est, non solùm consanguinitatem Ducissam ad hanc liberalitatem permovisse, sed simul etiam & potissimùm, quia eam sibi superstitem fore existimavit, id quod etiam verba illa clarè denotant, dum ea lege & modo promissa fuit hæc pecunia, ut prius post mortem promittentis ad sponsam perveniret.

Hæc enim verba quia certum modum præscribunt, causam finalem indicant, *Paris. in d. consil.19. numer.8. volum. 2.* Utraque autem harum rationum cessat, sponsa ante Ducissam decedente, quippe cum nulla amplius consanguinitatis duci ratio, neque ad sponsam defunctam pecunia ista pervenire, neque etiam ei hac ratione ullo modo consuli possit, sed pecunia ista ad maritum penitus extraneum devolveretur. Credibile igitur non est, hanc fuisse mentem Ducissæ, quod sponsa se viva mortua pecunia ista post mortem suam ad maritum perveniret, sed potius quod ob præproperam mortem sponsæ, omni ratione promissionis factæ cessante, pecunia hæc apud se, & post mortem suam apud hæredes suos permanere debeat.

Ex causa enim † qua quis permotus est, potissimùm de mente ejus est judicandum, & intelligentia dictorum ex causis assumenda est dicendi, 83

cap.

cap.intelligentia,c.praeterea ext.de verbor. sig. l.generaliter, ubi Bald. C. de Episc.& Cler.l 2.§.fin.de donat.l.uxorem,in pr.de leg.3. l. cum pater, §. dulcissimis de leg.2. l. adigere, §. quamvis, de jur. part. Bald. & Salic.in l fin.C.mand. Ang.consil.346.in pr. Cravett. consil.171. num.13. consil.221. num.12.Cagnol.in l.semper,9. num.17.de reg. jur. Et quoties cessat causa ratio & mens disponentis, tum semper etiam ipsa dispositio cessat, *cap cum cessante, ext. de appel. l. fin. de hared. instit. cum simil. congestis à Tiraq. in tract. cessante causa.*

Quod si quis Ducissam tempore pactorum dotalium interrogasset, an si tam subitò se adhuc viva decederet, sororis filia, pecuniam hanc dotis nomine promissam post mortem suam ad maritum pervenire vellet potius, quàm ad hæredes suos transiret, certè ambigendum non est, quin mox respondisset, se quicquid hoc loco promitteret, id tantum facere in gratiam sororis filiæ, & in hujus tantum commodum, quare si casus ita contingeret, ut sponsa tam citò decedens nullum ex promissione ista percipere posset emolumentum, se hác erga extraneum minimè devinctam esse, sed potius hæredes proprios illi præferre velle. Quamobrem decimoquarto hac etiam de causa secundum hanc ejus voluntatem judicandum erit.

Cum in quavis dispositione id ha-
84 beatur pro expresso, quod † disponens interrogatus verisimiliter disposuisset, ut not.*glos.in §.fin. l. tale pactum,de pact.* quem sequuntur & plurimum commendant & generaliter tàm ad contractus quàm ad omnes aliàs dispositiones extendunt,*Bald.Paul.de Castr.& Dd.ibi. Bald. in l.1. C. quæ res pign. oblig. poss. Jason. in l.si extraneus , num. 7. de condict. causa dat. Abb. in c. secundo requir. in 1.not. de appell. Angel. in consil. 343 col. fin. Anchor. consil 89. Roman. consil.105. num.2.& consil.392.in fin. Alexand.consil.481.col.2. vol.1. Decius consil.15. col.penultim.& consil.25.col.fin.* Hinc etiam decimo quinto non minus quàm ad priorem opinionem accommodari potest argumentum à verisimili desumptum. Nam cum juris præsumptione nemo facilè intelligatur alienam posteritatem suæ anteponere velle, verisimile planè non est, Ducissam eo casu, quo sponsa ante ipsam tam subitò decessisset,ut pecunia illa ad eam non pervenire, neque aliquod inde commodum percipere potuerit, maritum tanquam extraneum successoribus propriis præferre voluisse. In cujusvis autem dispositionis interpretatione id potissimùm attendendum, quod est verisimile *l.in obscuris de regul. jur.cap.inspicimus eodem tit.lib.6.cum aliis etiam supra adductis.*

Decimo sexto hæ mentis conjecturæ vel ideò magis anttendendæ, quia in proposito non solùm mens promittentis, utpote ex cujus mera liberalitate hoc omne est profectum, potissimum spectanda est, ut paulò ante diximus,sed etiam quia præsumptiones satis sunt consentaneæ verbis, dum pecunia ista dotis nomine expresè ea lege & modo promissa fuit, ut prius post obitum promittentis ad sororis filiam perveniret, & deinde demum dotis loco haberetur. Hisce enim verbis utique promittens hanc mentis suæ voluntatem ita clarè expresit, ut nihil ei,cur legem non dixerit apertius, jure imputari posit: Sententiæ igitur isti, quæ tàm verbis quàm mentis præsumptionibus nititur,potiùs quàm illi, quæ à solis conjecturis aliundè petitis dependet, adstipulandum erit, cum quoties mens atq; verba conveniunt, nihil sit quod ad plenam & perfectam dispositionem amplius requiratur.

Decimo septimo si negotii hujus qualitates secundum statum præsentem, & prout nunc res se habet, sicuti par est, consideraverimus, hanc etiam sententiam summam habere æquitatem facilè apparebit. Neq; enim nunc

de do-

de dote, neque de matrimonio sive hujus oneribus sustinendis agitur, ut horum favor circa promissionis hujus interpretationem considerandus sit, sed de eo tantum quæritur, an morte uxoris matrimonio soluto, & quidem tam citò ut nulla matrimonii onera in considerationem venire possint, pecuniam dotis nomine ea lege, ut post obitum promittentis ad conjugem pervenire debeat, priusquam dotis loco haberetur, ex mera liberalitate promissam maritus tanquam extraneus in maximum promittentis & hæredum ejus incommodum lucrari debeat, non attento, quod sponsa, cujus intuitu & in cujus emolumentum promissio ista facta fuerat, ante promittentem tam subitò decesserit, ut nullum inde commodum percipere, neque etiam modus huic promissioni additus adimpleri amplius potuerit: An verò ob hoc ipsum, quod ob præproperam mortem sponsæ modus promissioni præscriptus non observari, neque ista promissio finem, quem potissimùm spectavit & verbis satis expressit promittens, consequi amplius nequit, sed res planè aliter, quàm cogitatum & dictum fuit, cecidit, pecunia dotis loco promissa apud promittentem, ne contra mentem & verba liberalitate sua capiatur, & hæredes ejus permanere debeat. Hic certè quivis sano & recto judicio præditus facilè existimare poterit, posterius hoc longè tùm æquius tùm justius esse illo.

Quare hac etiam de causa sententia ista amplectenda potius erit, cum ea semper capienda sit interpretatio,
85 quæ † æquior ac benignior est, *l. cum in testamento de rebus dub. l. Titius de condit. & demonstrat. l. semper in dubiis, de regul. jur. cum aliis supra citatis.* Neque enim ambigendum, quin secundum præsentem rei statum potius, quàm ex eo, quod sponsa diutius superstite dotis & dotalitii ratione continge-re potuisset, casus iste decidendus sit.

Cum semper id potius, quod † in 86
facto evenit, attendendum sit, quàm id quod evenire potuit, §. *quia verò hactenus Authent. de nupt. Bartol. in l. centurio. num. 30. de vulgar. & pupill. & in l. hæredes mei, §. cum ita col. fin. ad Trebell. Ruin. consf. 168. num. 14. vol. 2. Gabriel. consf. 130. nu. 7. Peregrin. de fideicommiss. art. 28. num. 24.* (i) (i)

Accedit hisce decimo octavo, quod maritus, qui cum nulla matrimonii onera sustinuerit, pecuniam tamen hanc consequi vult, de lucro captando certat, contrà verò promittens & ejus hæres de eo, ne id, quod ipsorum est proprium, amittant atque adeò de damno vitando agunt.

Nam † vel inde pro hisce potius, 87.
quàm pro illo judicandum erit, *l. non puto, junct. gloss. de iur. fisci not. Dd. in l. quamvis de privileg. fisc. Gabriel. consf. 181. volum. 1.*

Denique pro confirmatione hujus sententiæ considerandum est, hoc ipsum, quod maritus post obitum uxoris dotem lucratur, contra juris communis rationem moribus Saxonicis tantum introductum esse, & tum id,
tum etiam quia † legitimi hæredes suc- 88
cessione sibi debita privantur, odiosum haberi, ac propterea minimè extendendum, sed quoad fieri poterit, restringendum esse, ut docet *Bald. in l. 2. C. de dot. promiss. Angel. consf. 158. col. 1. Abb. consf. 1. col. 2. vol. 1. & consf. 70. col. 1. vol. 2. Decius consil. 353. col. 1. & alii citati à Roland. à Vall. de lucr. dot. quæst. 2.* Idque in proposito vel ideo magis locum habet, quoniam satis controversum est, an hæc juris Saxonici dispositio ad eum casum pertineat, quando dos in diem certum promissa est, & mulier ante illum decedit, ut apparet ex iis, quæ præcedente quæstione in utramvis partem considerata fuerunt.

Nam vel hac de causa eo minus illa ad eum casum, quo non solùm dote in

in diem incertum promissa mulier ante hunc decessit, sed & modus promissioni additus ob uxoris mortem planè defecit, ut adimpleri nequeat, porrigi atque extendi poterit, sed potius secundum juris communis rationes statuendum erit, pecuniam tàm promittenti quàm legitimis ejus hæredibus permanere debere. Tum quia ea quæ à jure communi exorbitant, in consequentiam trahi non debent, *l. quod verò, de ll c quæ à jure, de reg jur. in 6.* Tum etiam quia odia restringi & favores ampliari convenit, *c. odia de reg. jur. in 6.* Ex hisce apparet, rationes pro sententia ista posteriore adductas ad persuadendam illam non minus firmas atque efficaces esse, quàm quas in priorem supra consideraverimus, ut quamcunque ex his duabus opinionibus tuendam quis suscipere voluerit, eam facilè inde defendere posse videatur. Quia verò non Pyrrhoniorum more dubitandum modo, sed certi aliquid definiendum, & quid vero sit propius, statuendum est, age conferamus hasce inter se pugnantes rationes. Et sanè qui utriusque opinionis argumenta diligentius perpenderit, facilè animadvertet, ad omnes rationes prioris opinionis ex iis quæ posteriore loco considerata fuerunt, facilè responderi posse, & propterea has ut potiores illis præferendas & secundum eas judicandum esse. Nam quod primo loco consideratum fuit, mortis mentionem dilationis tantum causa factam donationem mortis causa non efficere, id quidem in se verum est, huic verò proposito minus convenit, cum in primo fundamento posterioris sententiæ satis demonstratum jam sit, in casu nostro non dilationis tantum gratia mortis mentionem adjectam, sed eam ipsi obligationis substantiæ inesse, quo casu apud omnes in confesso est, mortis causa donationem inde censeri per jura supra citata. Nec quicquam huc facit proprietas verbi inferre (Einbringen) quod solutionem tantum respicit. Non enim postquam dos simpliciter promissa fuit, demum additum est istud verbum, ut ad solutionem referri possit, sed ipsi promittendi verbo per dictionem (eo modo, der gestalt) annexum, neque id solum, sed etiam præmissum est, quod pecunia hæc prius post obitum Ducissæ promittentis ad sponsam pervenire & recidere debeat.

Non igitur solùm proprietas verbi (inferre) sed potissimùm id, quod præcedit, considerandum, cumque id minimè solutionem tantum, sed multò magis obligationem ipsam & acquisitionis initium respiciat, atque insuper promittendi verbo per dictionem (der gestalt) additum sit, inde statuendum, omnem hunc modum pecuniæ promissæ præscriptum non ad executionem tantum pertinere, sed ipsi obligationis substantiæ inesse. Eadem ratione etiam particula (tunc) non ad inferendi tantum verbum referri poterit, ut solutionem modò respiciat, sed quia cum præcedentibus annexa est promittendi verbo per dictionem (der gestalt) unà cum reliquis ad ipsam obligationis substantiam pertinebit: quin etsi concederetur, hanc particulam ad executionem tantum referendam, sufficeret tamen, præcedentia verba dotis promissioni & obligationi ita inesse, ut nisi pecunia ista post mortem Ducissæ prius ad sponsam superstitem perveniat, ea ne dotis quidem nomine promissa intelligatur: Cum præsertim omne jus quod sponsæ ex pactis istis quæri poterit, quo jure etiam potissimùm nititur actor, ex his verbis solis dependeat, ut suprà probatum fuit.

Sic etsi demus verba illa (Kommen und Fallen) esse communia non solùm ad ultimas voluntates, sed etiam ad contractus pertinentia, hoc tamen nihil impedit, quo minus donationi causa mortis conveniant: cum † hæc inter contractus etiam referri soleat, *gloss.*

gloss. in l.2. in princip. de dot. praeleg. not. in l.2. de leg. 1. Bald. in l. executores, Cod. de exec. rei jud. Laur. Calcan. cons. 12. ad primum, numer. 4. Alexand. in l.2. numer. 7. de verbor. obligat. Hippol. Riminald. Instit. de donat. in princip. num. 728. Interpretes enim in locis citatis de eo tantum agunt, an propter illud verbum additum videatur de successione futura pactum esse, & licet concludant, quoties rei particulari additur, quod tum non successionem denotet, sed ex contractu percipi intelligatur: interim tamen non negant, ex donatione causa mortis percipi, sed istud ex aliis verbis usurpatis dijudicandum in medio relinquunt.

Quod secundò de causa ad mor-
90 tis mentionem † accedente dictum est, id generaliter verum esse non potest, sed commoda indiget interpretatione. Nam etsi *Bartol. in d. l. Nam si cum mortis, de condict. indebit.* & qui cum ex supra citatis sequuntur, simpliciter dicant, ibi praecessisse causam ex quo colligebatur donationem istam mortis mentione non obstante pro donatione inter vivos habendam, tamen praesupponunt, talem fuisse causam, ex qua virisimiliter hoc colligi possit: interim verò qualis illa causa fuerit, vel esse debeat, non explicant: quare nisi prius hoc dextrè explicetur, doctrina ista huc accommodari non poterit.

Et sanè eam non ita generaliter intelligendam esse, vel ex eo manifestum est, quia multae possunt esse causae, quae ad donandum aliquem impellunt, & tamen quatenus cum donatione mortis causa simul consistere possunt, nihil impediunt, quò minus donatio mortis causa facta intelligatur. De ejusmodi igitur causa intelligenda videtur doctrina ista, quae quia mortis causa donationi non convenit, donationem inter vivos omninò requirit. Talem verò causam neque dotem neque matrimonium esse, ex eo manifestum est, quoniam etiam mortis causa dos constitui potest, *d. l. si pater mulieris, de jure dotium.*

Ideoque etiam multi in casu, ubi
† ob merita facta est donatio, illam ni- 91
hilominus pro donatione causa mortis habendam existimarunt. Idque tanquam verius defendit *Thoming. d. quaestion. 20.*

Deinde advertendum, plerosque qui hanc sequuntur doctrinam, de causa tali loqui, ob quam quis ad dandum sive donandum obstrictus & devinctus est, utputa si pater qui dotare tenetur filiam, dotis nomine dat aliquid, vel quando is, qui ob bene merita ad remunerationem naturaliter saltem obligatus erat, donationem facit, nam tum quia istud non ex mera proficiscitur liberalitate, neque adeò penitus à libero ejus dependet arbitrio, quam velit legem dicere donationi, facilius admittitur, ut ob causam illam antecedentem, quo obligationis vinculo rectius se liberet, inter vivos potius quàm mortis causa dono dedisse videatur, & in his terminis disertè loquitur *Alexand. in d. l. quae dotis.* dum requirit causam obligatoriam, & clarius *Riminald. jun. & Menoch. in locis citatis.*

At quando ex causa illa, ob quam facta est donatio, planè non devinctus est donator, utpote quando, ut in proposito, extraneus qui dotare non tenetur, dotem promittit, tum tantum abest ut ob hanc causam donatio magis inter vivos quàm causa mortis intelligatur, ut ejusmodi causa ne in considerationem quidem veniat, sed
ea † non attenta nihil ominus donatio 92
ex mera liberalitate profecta intelligatur, & de ea ut de alia simplici donatione judicandum sit, ut firmat *Oldrad. consil. 5. (k) Socin. sen. consil. 53. col. 1. volum. 1. Decius consil. 216. numer. quinto, Riminald. jun. consil. 254. numer. secundo, & consil. 295. numer. 70. Decianus consil. 3. numer. 17. & consil. 7. numer. 12. volum. 1.* (k)

Ubi in specie de donatione ob causam matrimonii facta ab extraneo loquuntur, atque eam minimè considerandam sed nihilominus de ea ut ex mera liberalitate profecta statuendum esse concludunt. Quare ob hanc etiam rationem doctrina ista huc pertinere non poterit.

93 Præterea illa intelligenda erit de causa proxima, non autem remota, cum semper causa proxima † potius quàm remota attendenda sit, *Bald. in l. ex placito, c. de rer. permut. & in l. sub prætextu C. de transact. Paris. cons. 127. numer. 4 vol. 1.*

94 Sic etiam causa finalis potius † quàm impulsiva consideranda, not. *gloss. & Dd. in l. 1. § sexum de postulat Cephal. consil 278. numer. 76.* atque ita doctrinam istam declarat *Riminald. jun. in d. tit. de donat in princip. num. 947.* Hoc verò casu tàm dotis quàm matrimonii causam remotam potius quàm proximam fuisse suprà 13. fundamento posterioris sententiæ probavimus, & in simili in donatione ab extraneo matrimonii causa facta matrimonium potius pro causa impulsiva quàm finali habendum esse, post alios firmat *Decian. in d. consil. 3. numer. 17. volum. 1.* Nihil igitur hæc causa impedire poterit, ut propterea minus promissio ista mortis causa facta esse intelligatur. Utut denique doctrina ista sese habeat, quia tamen omnes illæ causæ quæ circa promissionem considerari possunt, nunc postquam sponsatam subitò post contractum matrimonium & quidem ante Ducissam promittentem defuncta est, cessant, ut non amplius de dote neque de matrimonio, ejusve oneribus sustinendis agatur, utique causæ illæ amplius in considerationem venire nequeunt, sed casus iste potius secundum præsentem statum definiendus erit, ut in ultimo fundamento firmatum fuit. Cessante enim causa cessat effectus, *cap. cum cessante, de appellat.* Ex his etiam facilè responderi potest ad tertium agumentum ex consanguinitatis consideratione desumptum.

Nam etsi ad donandum quis consanguinitate moveatur: tamen † hæc 95 etiam causa nihil impedit, ut propterea minus quam velit legem dicere donationi & in mortis demum eventum eam conferre possit, atque adeò ob mortis mentionem additam, voluisse videatur. Ideoque etiam *Alexand. in d. l. quæ dotis*, hanc limitationem reprobat motus, quia quilibet censetur causam suam præferre alienæ. *l. præses, C. de servit.* & propterea donator dum vivit, videtur potius sibi quàm defuncto providere voluisse.

Et licet quidam ad hanc rationem respondeant, illum locum non habere, quando effectus donationis post mortem collatus est, cum interim nihilominus re donata frui possit donator: istud tamen non satisfacit, cum nihilominus interim devinctus maneat donatione, ut pœnitere nequeat, & donatario ante se decedente, ut res donata ad extraneum transeat, præter voluntatem suam permittere cogatur, quod quia propter juris præsumptionem ab Alexand. consideratam verisimile non est, existimandum inde potius est, cum ut sibi potius quam aliis consulat, consanguinitate non obstante mortis causa magis quàm inter vivos donare voluisse, idque secutus est etiam *Riminald. jun. consil. 254. numer. 71.* Quin etsi demus, limitationem istam in se veram esse, illa tamen huc pertinere non poterit: tum quia in proposito Ducissa promittens dotem, quantumvis consanguinitate mota fuerit, hanc tamen causam apud se tantum valere non passa est, ut propterea se viva pecuniam hanc concederet, sed nihilominus non

non effectum tantum sed ipsam obligationis substantiam in mortis eventum contulit, atque hoc ipso se mortis tantum causa promittere velle satis testata est, ut in primo & decimo tertio fundamento hujus sententiæ ostensum fuit. Tum etiam quia sponsa consanguinea jam defuncta non amplius de ejus commodo, sed potius de utilitate mariti penitus extranei agitur, atque adeò consanguinitatis ratio penitus cessat, ut in considerationem amplius venire nequeat, ut in præcedentis argumenti solutione dictum fuit, nihil igitur doctrina ista ad præsentem rei statum, de quo nunc quæritur, facere poterit.

96 Quartum † argumentum, etsi multos habeat asseclas, nulla tamen neque lege neque ratione nititur & directè adversatur, *d. l. Seja, de dote praleg.* Nam & ibi tertius stipulator atque adeò mutuus utriusque consensus intervenerat, neque tamen propterea minus donatio causa mortis esse intelligitur. Ideoque etiam hanc limitationem reiicit *Alexand. in d. l. qua dotis, numer. 8.* quem refert *Guil. Benedict. in d. cap. Raynutius, verb. testamentum 4. nu. 23. vers. quartò intelligitis.*

Nam cum hic de donatione sive promissione ex mera liberalitate profecta agatur, quomodo quæso tertius quantumvis ejus intersit, impedire poterit, quo minus eam, quam velit legem, imponat donationi, vel qua ratione id quod tertii interest, plus valere & considerari poterit, quàm voluntas donantis qui mortis tantum causa donare voluit. Præsertim verò istud, licet in se verum esset, in proposito tamen ideo minus locum habere posset, postquam Ducissa promittens voluntatem suam verbis tam apertis declaravit, quod pecunia promissa aliter dotis loco haberi non debeat, quàm si prius post mortem suam ad conjugem superstitem pervenisset, ut demonstratum fuit.

Ad quintum facilis est responsio. Nam † doctrina ibi adducta tum demum rectè locum obtinet, quoties quis promisit, se nolle revocare donationem. Hæc enim promissio, quia adversatur donationi causa mortis, meritò sanè efficit, ut illa propterea donatio inter vivos esse reputetur, & in his terminis loquitur text. *in d. l. ubi ita donatur de donat. caus. mort.* 97

Quando † autem contrahentes promittunt, se ratum & firmum habituros contractum, neque illi contravenire velle, tum quia hæc promissio minimè excludit id, quod ipsa contractus natura secum affert, sed potius secundum hanc intelligitur, *l. si ab uno, in princip. locat. l. si stipulatus, de usuris*, atque adeo nihil impedit, quò minus donatio causa mortis ex propria ejus natura revocari possit, *l. quæro, §. inter locatorem, locat.* ideo nullam causam præbet, cur in donationem inter vivos mutetur, sed nihilominus mortis causa facta censeatur. Non enim censetur contravenire contractui, qui natura contractus utitur, *d. cap. quæro, §. inter locatorem, locat. l. quidam cum filium, de verb. oblig.* & ejusmodi promissio intelligitur rebus sic stantibus, *l. quod Servius de condict. caus. dat. c. 2. de renunc.* cum aliis adductis *à Tiraq. in l. si unquam in princ. num. 161. Cod. de revoc. donat.* Ita in promissione de non contraveniendo sensit *Bald. in l. cum quis de condict. ob caus.* quem sequitur *Alexand. in d. cap. qua dotis in 6. fall. num. 11. solut. matrimon. Corn. consil. 126. num. 10. volum. 1.* qui propterea hanc promissionem distinguit ab ea, qua quis promisit non revocare, *Jason. consil. 6. col. 2. vers. secundò respondetur & consil. 60. col. 5. vol. 3. Decius consil. 239. num. 10. Curt. jun. consil. 230. numer. 4. Paris. consil. 16. numer. 15. volum. 2. Natt. consil. 104. num. 6. & consil. 123. numer. 5. & 6.* qui omnes hac de causa inter promissionem de non revocando & de observando sive non contraveniendo distinguunt, quos secutus est 98

etiam *Gabriel.consf.61.numer.11. volum.1. & in consil 96. numer.0. volum.2.* ubi licet in casu quo promissum fuit, non revocare donationem contra receptam distinctionem, certo respectu nitatur, tamen quando donans simpliciter promisit observare & non contravenire ait veriorem & magis communem esse opinionem eorum qui existimarunt, esse nihilominus donationem causa mortis. Idem sensit *Cephal. consil.495 numer.25. Decian.consil.7. numer.121. volum.1.* Non itaque simpliciter assentiendum est illis, qui opinionem supra relatam magis communem esse profitentur, cum hæc etiam à multis non minoris censuræ interpretibus sit approbata, & optima insuper nitatur ratione. (l) (l)

Deinde etsi demus verba hujus promissionis eandem vim habere, ac
99 † si de non revocando dictum esset, quia tamen de eo non in verbis substantialibus hujus promissionis actum, sed in fine demum pactorum dotalium atque ita in verbis executivis tantum hoc additum fuit, principalem hujus contractus naturam immutare non potest, ut firmat *Jason. in d. consil.6. col. 7. & consil 60. col. 5. volum.3. Decius in l. non omnus, nu.11. & ibi Alciat. in 2. limit. si cert.pet. & in consil 305. ubi Molin.* ait, hanc esse optimam distinctionem. Eundem sequitur *Parisf.d. consil.16. n.17. volum.2. Bellon.consil.60. num.13. Natt. d. consil. 123. num.7. Mandell. Alb. consil.74. num.5. Thob. Non. consil 54. nu.14. Didac. in rubric. de testament. part.2. numer.13. Cravett. consf.718. num.7. Anton. Gomez. lib.2. variar. resolut. cap.4. nu.22. Riminald. jun. Instit. de donat. in princip. num.10. & consil.51. in fin. Petr.Surd. consil.243. numer.40.* (m) (m) Et licet distinctionem hanc verbalem dicat *Gabriel. in d. consil.96. num. 12. vol.2.* (n) (n) quia tamen communiter recepta est, neque caret ratione in locis citatis satis explicata, ab ea in judicando minimè recedendum erit.

Sextum argumentum minus urget. Nam † etsi sponsa præsens non 100 fuerit, hæc tamen præsentia non usque adeò requiritur, quin etiam nuncio vel Epistola interveniente absenti fieri possit donatio, *Cyn. in l. non ambigitur, C. de donat. causf. mort. Bartol. in l. Thais Instit. de donat. causf. mort. Riminald. jun. consil.252. numer.50. Raudensf. de Analog. lib.1. cap.23. num.11.* (o) (o)

Præsertim verò in donatione sive promissione dotis causa facta hoc speciale est, ut etiam sponsæ absenti inde † quæratur actio, *l. unic. §. accedat, C. de* 101 *rei uxor. act. l fin. in fine de jure dot. Bartol. consil. 123. num.1. Alexand. consil.4. numer.8. volum.2.* Et habet insuper donatio causa mortis hoc peculiare, ut priusquam ob donatarii absentiam vicietur, potius in vim fideicommissi resolvatur, *l. miles ad sororem, l. cum pater, §. donationis de leg.2. Riminald. jun. de donat. in princ. prope fin. Clar. in §. donatio, quaest.5. num.3.* (p) (p)

Sic etsi quatuor tantum personæ huic promissioni interfuerint, quia tamen hi Consiliarii † Principis ad hoc 102 deputati fuerunt, atque inde non solùm acta judicii, sed & ipsum Principem repræsentârunt, certè numerum quinque testium facilè supplent atque efficiunt, ut contractus iste non minus valeat, quàm si coram actis vel coram Principe celebratus fuisset, quippe cum hoc omnem solennitatem superet, *l. omnium. C. de Testamen.* & in iisdem terminis hoc firmat *Riminald. jun. consf.254. num.46.*

Ad † text. *in d. l. cum maritus.* qui 103 septimo loco adductus fuit, quod attinet, etsi Interpretes communiter existiment, ibi mortis mentione non obstante donationem inter vivos factam, quæ verò ejus sit ratio, nemo hactenus rectè explicare potuit, sed varias & invicem pugnantes rationes commiscentes, in eo saltem conveniunt, ex speciali quadam ratione hoc descendere, quod mortis mentio in con-

considerationem ibi non veniat, interim concedentes, quod alioqui cessante ratione ista peculiari ob mortis mentionem contractus iste pro donatione causa mortis habendus sit. Quare priusquam ratio ista specialitatis rectiùs explicetur, nihil ex illo textu ad quæstionis nostræ decisionem desumi poterit, sed ea potiùs ex generali illa & communiter aprobata doctrina definienda erit, secundum quam ob mortis mentionem donatio mortis causa facta esse censetur.

104 Semper † enim inhærendum est regulæ tanquam Bononienses Carroccio, ut ait *glos. in l. omnis definitio. ubi Dec. & Cagnol. de regul. jur. quam sapè citat. Raph. Cuman. consil. 117. A in Testamento. col. ultim. & consil. 129. Nobilis col. 2. & cons. 179. facta fuit. col. 1. Dec. consil. 475. num. 3. & cons. 498. num. 5. cum similib.* Sunt etiam qui textum illum de donatione causa mortis intelligunt, & cur ea in illa facti specie revocata non videatur, id ex eo provenire putant, quia non satis apparebat de mente disponentis, quod illam revocare voluerit: admittentes interim, quod si voluisset revocare donationem, hoc ei, ut in mortis causa donatione integrum fuisse: ut sensit *Fulgos.* ibi quam interpretationem tuetur & defendit *Rimin. jun. d. tit. de donat. in princip. numer. 335. & seq. & consil. 254 numer. 74.* secundum hunc verò intellectum tantùm abest, ut nobis obstet ille text. ut etiam magis probet, istud pactum, de quo hîc agimus, esse mortis causa donationem. Utro igitur modo intelligas, in aperto est, hoc responsum Jurisconsulti nihil planè nobis obesse. Interpretes verò, qui hoc textu nituntur, omnes de iis casibus loquuntur, in quibus inter vivos donatum vel conventum fuisse apparet: Sicuti etiam *Boër. in d. decis. 351.* expressè de ejusmodi specie verba facit, in qua mortis tantùm dilationis gratia facta fuerat mentio, atque inde inter vivos donatum fuerat, effectu duntaxat post mortem dilato, ut apparet ex num. 12. Nihil igitur horum autoritates nos oppugnare poterunt.

Sic † etiam omnes illi, qui donationem post mortem factam pro contractu inter vivos habendam concludunt, quorum auctoritate ultimum argumentum nititur, iis de casibus loquuntur, quibus vel ex eo, quod in executivis tantùm verbis de morte dictum est, vel aliunde colligi poterat, dilationis tantùm gratia de morte factam esse mentionem, cum è contrario in proposito liquido ostensum sit, ipsam obligationis substantiam in mortis casum fuisse collatam. Quare neque hæc doctrina quicquam huc faciet, ut proinde ex his manifestum sit, omnia illa, quæ pro limitatione communiter approbatæ regulæ, secundum quam ob mortis mentionem donatio mortis causa facta intelligitur, adducta fuerunt, ita firma non esse, ut illis tutò inhærere, & propterea à communi regula recedere liceat: quamobrem iis tanquam dubiis & incertis valere jussis, generali potius regulæ standum, & secundum eam judicandum erit. 106

Quicquid præterea ad evitandam hanc regulam excogitari & in medium afferri possit, quia tamen posterior sententia non eo tantum, quod promissio ista mortis causa facta sit, nititur, sed & hoc remoto, aliis rationibus ex verbis manifestis desumptis firmata fuit, nihilominus sententia ista robur ac firmitatẽ suam habere poterit. Quæ denique mentis conjecturæ fuerunt subjectæ, ad illas summatim responderi potest, primò in plerisque præsupponi quasi hic de dote pro oneribus matrimonii sustinendis constituenda agatur: Cum tamen nunc morte sponsæ soluto matrimonio de eo potius quæratur, an pecuniam dotis loco promissam maritus tanquam extraneus lucrari debeat: id quod cum ipsa

 dote

dote ejusdemque privilegio nihil habet commune. Cessante igitur præsupposito cessat etiam dispositum. Deinde in præsumptionibus illis potissimùm considerata fuit mens atque voluntas mariti, cui facta est promissio, nulla interim vel exigua habita ratione mentis Ducissæ promittentis, cum tamen in proposito potissimùm hujus voluntas consideranda sit, utpote ex cujus mera libertate promissio ista profecta est, ut suprà probavimus, quare hac etiam de causa minus valebunt præsumptiones istæ.

Præterea pleraque argumenta dependent ab eo, quod in potestate Ducissæ promittentis situm esse non debeat, dotem promissam revocare, cum tamen hic non de eo agatur, utrum Ducissa mutata voluntate dotem revocare possit, sed de eo tantum, an pecunia, quæ dotis nomine aliter non promissa fuit, quàm si prius ad sponsam post obitum promittentis pervenerit, sponsa ante Ducissam decedente, peti & lucro mariti cedere debeat, an verò propterea, quia casus, in quem collata fuit promissio, nunquam contigit, illa ipso jure evanuerit: quod sanè alienum planè est à revocandi facultate. Nihil itaque huc pertinent præsumptiones ex eo desumptæ.

Quin etsi demus, Ducissam in proposito dotem semel promissam pœnitendo revocare amplius non potuisse, istud tamen non impediret, ut propterea minus promissio ista ex eo, quia in
106 mortis † eventum collata est, mortis causa facta intelligatur, atque adeò sponsa ante decedente evanescat, ut post alios docet *Riminald. jun. Instit. de*
(q) *donat. in princip. num. 912.* (q) Denique multa ex iis desumta sunt, quæ in hac quidem facti specie nunquam contigerunt, sed in futurum demum evenire potuerunt, cum tamen præsens rei status potius considerandus, & ex eo tantum non autem ex futuro eventu præsumptiones colligendæ sint per jura citata.

Quinimò ultra ea quæ jam diximus, præsumptiones istæ claris verbis à paciscentibus usurpatis non sunt consentaneæ, sed iis directò adversantur: quamobrem vel hac de causa eo minus ponderis habere poterunt.

Nisi † enim præsumptiones verbis 107
à disponente usurpatis conveniant, admittendæ non sunt, *Bartol. in l. 1. in fin. C. de liber. Prætor. & in l. fin. ad Trebell. Paul de Castro, d. consil. 152. in fin. volum. 2. Corn. consil. 101. col. penultim. volum. 1. Alexand. consil. 55. num. 9. vol. 3. Jason. consil 228. in fin. volum. 2. Curt. jun. consil. 69. numer. 2. Paris. consil 41. numer. 25. volum. 3. Bursat. cons. 263. num. 24.* ubi hoc communiter receptum esse ait: Idque locum etiam habere, licet magnæ & fortes adsint voluntatis conjecturæ, ut per text. *in l. in testamento, C. de testament. milit.* docet *Bald. in l. 1. in fin. C. de liber. præter. & consil. 405. volum. 3. Alexand. consil. 139. numer. 5. volum. 6. Cravett consil. 161. numer. 13. Gabriel. consil. 111. num. 11. & consil. 121. num. 39. vol. 1. Riminald. jun. consil. 75. num. 28. Decianus consil. 2. num. 68. volum. 1.* Per hæc itaque omnes illæ rationes, quæ pro mentis conjectura considerata fuerunt, simul facilè tolluntur, ut propterea necesse non sit, sigillatim ad illas respondere, quo tamen magis appareat, quàm debiles atque imbecilles sint, paucis videamus de singulis.

Primum argumentum à præfatione desumptum parùm urget. Non enim tum temporis de dote tantùm, sed etiam, & potissimùm quidem, de matrimonio contrahendo actum fuit: Huc igitur maximè referenda sunt verba in præfatione usurpata, & licet simul etiam ad dotis promissionem referantur, non tamen inde sequitur, Ducissam pecuniam istam inter vivos promittere voluisse, sed potius intelligenda sunt: secundum

naturam

naturam contractus, ita ut eatenus firma & rata manere debeant illa pacta, quatenus naturæ contractus est consentaneum, quippe cum contravenire contractui non censeatur, qui natura contractus utitur, *l. quæro. §. inter locatorem locati. l. quidam cum filium de verbor. obligat. cum aliis supra in responsione ad quintum argumentum adductis.* Præsertim verò illa in proposito ideò minùs hoc præstare possunt, ut propterea promissio ista inter vivos facta videatur, cum non ipsi obligationi sive promissioni peculiariter addita, sed tantùm in principio generaliter præmissa fuerint, per ea, quæ in jam dicto loco firmata fuerunt.

108 Nam † omnia illa, quæ de clausula de non contraveniendo & observando contractu dicta sunt, huc etiam rectè accommodari possunt. Idem de clausula omni meliori modo in accessoriis tantùm posita, quod tùm secundum naturam contractus potiùs intelligenda sit, quàm ut eam immutet, tradit *Simon de Prat. de interpret. ultim. volunt. lib. 2. dub. 1. solut. 14. num. 28.*

109 Quin & aliàs dicta in præfatione † ejus efficaciæ non sunt, ut naturæ contractus derogare possint, sed potiùs conclusio contractus & verba, quibus ille initus est, attendenda sunt, ut post *Bald. in l. si voluntate. C. de rescind. vendit. & in l. contractus. col. 2. de fid. instrument. Jason. in l. eleganter. in princip. numer. 11. de cond. indeb. Purpurat. in l. cum quid. numer. 110. si cert. petat.* docet *Menoch. de præsumpt. libr. 6. præsumpt. 2. mer. 15.*

Secundum argumentum à materia subjecta tùm quidem rectè procederet, si dos simpliciter esset promissa, sed cum dotis promissio in mortis eventum expressè collata sit, atque hæc sit hujus pacti materia subjecta, potiùs secundum illam istud ita intelligendum erit, ut donataria ante donatricem decedente evanescat per jura citata. Neq; enim à dote hoc, ut mortis causa promittatur, alienum esse probatur in *d. l. si pater mulieris. de jure dot.*

Quod tertio loco de contractibus innominatis dictum est, id per se † controversia non caret, ut apparet ex iis, quæ scripta reliquit *Jason, in d. l. dedi §. 1. de condict. caus. dat. Bald. Novell. in dot. Privileg. 51. lib. 2. & Didac. in loco citato.* Et quicquid aliàs dotis vel matrimonii favor tùm in hoc, tùm in quarto & quinto argumento consideratus operetur, nunquam tamen hoc efficere poterit, ut impediat, quò minùs integrum sit ei, qui ex mera liberalitate dotem dat, eam, quam velit legem imponere, & quò minùs lex, quæ semel dicta est, observanda sit, ut disertè probatur *in d. l. ob res. §. 1. de pact. dotal. & in l. ex morte in fin. C. de pact. convent. cum simil.* quare cùm in proposito Ducissa pecuniam hanc dotis nomine expressè ea lege promiserit, ut tum demum dotis loco habeatur, quando priùs post mortem suam ad sponsam superstitem pervenisset, huic standum omninò erit, quicquid aliàs dotis vel matrimonij favor suadeat. De quo tanto minùs dubitandum est, cum in terminis sit textus manifestus *in d. l. si pater mulieris.* 110

Nam † & aliàs dotis vel matrimonii favor ultra casus in jure expressos extendi non solet, *Jas. in d. l. ded. §. 1.* Multo igitur minùs contra id quod LL. expresse decisum reperitur, operari aliquid poterit, sic neq; contra id, quod verbis expressum est, neq; contra mentem contrahentium ullum effectum habere solet, ut multis firmat *Decian. cons. 72. nu. 32. vol. 3.* Præterea favor iste in proposito vel ideo minus in considerationem venire potest, cum hic matrimonio jam dudum soluto non de dote neque etiam de matrimonio, sed lucro tantummodo mariti agatur. 111

Planè † igitur cessat dotis vel matrimonii favor, ut in simili casu post *Imol. in l. Cajus solut. matrim.* arguit *Stracha de adjecto part. 3. nu. 157. & Natt. in cons. 677.* 112

num.13. Æqualitas verò inter dotem & dotalitium, quæ sextò considerata fuit, tantum inter sponsum & sponsam virum & uxorem locum obtinet, ut utraque pars dotare & dotalitium constituere æqualiter & vicissim teneantur, ad extraneum autem, qui dotare necesse non habet; sed sola liberalitate ad dotandum movetur, non pertinere, neque eum impedire potest, quo minus, quam velit, legem rei suæ dicat. Quin neque etiam in se perpetuum est, ut dos semper dotalitio respondeat, sed sæpè dotalitium majus dote quandoque etjam uxori inopi sine dote constitui solet, ut propterea rectius ante dotalitii constitutionem de dote illa quæratur, quam postquam libera mariti voluntate semel jam constitum est. Sic nec etjam argumentum à correspectivis sive correlativis desumptum quicquam huc facit. Nam etsi dotalitium respectu dotis constitutum sit, quia tamen manifestum est, aliter & quidem sub certo modo dotem, aliter dotalitium promissum esse, manifesta subsistente diversitatis ratione de una ad alterum minimè argui poterit, sed quodlibet secundum propriam ejus naturam dijudicandum erit. A diversis enim & separatis non fit illatio, *l. fin. de calum. l. Papinian. exult. de minor.*

113 Neque † ullum argumentum tam firmum est, quin penitus cesset, quando diversa subest ratio, quippe cum omnis argumentandi vis à paritate rationis dependeat, *l. interpositas, ibi. alia ratio pactum reformat, cap. de transact. l. fin. de rit. nupt. l. inter stipulantem, §. sacram de verbor. oblig.* Et in incertis non in certis locus est conjecturis, *l. continuus. §. cum ita, ubi Bald. de verbor. oblig. l. pediculis, §. auro ubi gloss. verb. argento de aur. & arg. leg.* Quinimò si argumentum istud accommodandum esset, potius ex eo dotalitium simpliciter constitutum, eandem, quàm dotis promissio, reciperet conditionem, ut videlicet, tum demum dotalitium promissum deberetur, siquidem ad sponsam Ducissæ superstitem pecunia pervenerit, & hæc dotis nomine illata fuerit, quam ut propterea lex doti promissæ expresè addita contra verba ac mentem promittentis observanda non sit. Nam & aliàs dotalitium respectu dotis inferendæ promissum, hanc in se habet tacitam conditionem, si dos illata fuerit. Utut præterea hæc sese habeant, dotalitium tamen ideò minus considerari in proposito potest, quoniam postquam sponsa statim contracto matrimonio decessit, maritus dotalitii nomine amplius devinctus non est, sed quemadmodum Ducissa per mortem istam sponsæ dotis promissione, ita maritus dotalitio liberatur. Præsens enim rei status tantum est considerandus. Eadem etiam de causa nihil huc facit septimum argumentum, cum ut dictum est, uxor Comitis ante eum decedens dotalitio isto nunquam uti frui potuerit. Tum enim demum dotalitium absorbere solet dotem, quando eo usa fuit vidua superstes, interim verò separata semper dotis àdotalitio haberi solet ratio. Octavum argumentum à consuetis infirmius est, quam ut inde contra verba tam manifesta quippiam inferri possit. Si enim dos simpliciter promissa esset, tunc rectè quidem argumentum istud procederet, sed cum ex verbis liquidò appareat, aliam legem, quam quæ communiter observari solet, huic dotis promissioni dictam esse, isti certè omninò standum erit, quicquid aliàs communis usus suadeat, semper enim in contractibus id quod actum vel dictum est, priùs attendendum, quàm consuetudo † regionis, ut 114
est text. manifestus, *in l. semper in stipulationibus. ubi not. Dd de reg. jur.* Ideò quoties apparet, contractum sub alia forma celebratum esse, quam qui in regione illa observari solet, tunc standum est literis contractus, neque ex more regionis suppletio fieri debet, quia propter conjecturas à certo recedendum non est, *ut*

ut post Angel. docet Jas. in l. ut liberis. C. de collat. cum aliis adductis ab Everhard. in loco à solitis num. 14. Sic etiam nonum parum urget.

115 Nam quoties † contractus ex propria ipsius natura resolvitur, non is propterea elusorius esse censetur, sed sufficit, eum eatenus firmum ac ratum esse, quatenus natura ejus fert, *l. quaro. §. inter locatorem locat.*

Satis enim est, ut quævis dispositio 116 secundum † naturam ejus effectum sortiatur, ultra verò nihil operari neq; extendi solet, *Bald. in rubr. C. de rescind. vendit. quæst. 9. Alex. consil. 21. numer. 9. vol. 5. Paris. cons. 5. numer. 44. vol. 4. Socin. sen. consil. 47. numer. 6. vol 1. Dec. in l. quoties idem. numer. 2. & 3. de reg jur. & consil. 473. numer. 11. Cravett cons. 723. numer. 23.* Præsertim verò contra mentem atque voluntatem disponentis ut effectum sortiatur, extendi non potest, *l. clam possidere. § qui ad nundinas. ubi Jas. numer. 4. de acquir. poss. idem Jas. in l. qui Romæ. numer. 14. de verb. obligat. & in l. verbis civilibus not. 6. post Alex & Aretin. de vulg. & pup. Dec. in l. in contrahenda. in fin. de reg. jur. Curt. jun. cons. 70 numer. 9. Cravett. cons. 3. num 11. & cons. 962. num 5 Cæphal. cons. 451. num. 354. & cons. 645. num 58.*

117 Absurda, quæ † decimo considerata fuerunt, duplici ratione facilè removeri possunt. Omnia enim illa dependent ab iis casibus, qui licet contingere potuerint, nunquam tamen evenerunt, sed propter præproperam sponsæ mortem res potiùs ita cecidit, ut licet pecunia ista apud Ducissam promittentem ejusque hæredem permaneat, nihil tamen inde absurdi sequi vel colligi possit. Frustra igitur huc accommodatur hæc absurdi consideratio, quæ secundum præsentem rei statum penitùs cessat. Nam præsens rei status considerandus, & ex eo potiùs quàm ex futuro demum eventu conjecturæ desumendæ sunt per jura suprà citata.

Deinde, cum jura extraneo dotem promittenti permittant, ut pro libito quam velit legem addat, eamq; omninò observari velint, *d. l. ob res §. 1. de pact. dotal. cum similib.* certè quicquid inde vel in sponsam, vel in maritum, vel etiam in alium redundet incommodi, istud minimè pro absurdo reputari poterit, sed magis quia ex conventionis lege descendit, tàm juris quàm æquitatis rationi consentaneum censeri debet. Quid enim tàm conveniens est humanæ fidei, quàm ea, quæ inter eos placuerunt servare, *l. 1. de pact.* Quin potiùs contra multò absurdius & iniquius esset, si Ducissa dotem promittens ultra quam expresè conventum fuerat, devincta esse deberet, quare hac etiam de causa absurdorum suprà considerata fuerunt, eò minùs hîc ducenda erit ratio. Cum argumentum ab absurdo cesset, si inde sequatur absurdius, ut probatur in *l. ita vulneratus. ibi not. Alber. de Rosat. ad l. Aquil. Everh. in loco ab absurd. in fin.*

Multò † verò minùs maritus se deceptum esse jure conqueri poterit, ut undecimo consideratum fuit. 118 Nam cum Ducissa dotem promittens mentem suam, qua lege promissam esse velit, verbis satis expresserit, & maritus huic acquieverit, utcunque ea ipse aliter intellexerit, nullam tamen propterea justam conquerendi causam haberi poterit, sed ipsi potiùs imputandum, cur non id cogitavit, quod cogitare debuit, & cur cum aliud senserit, legem non dixerit apertius, *l. veteribus de pact.* ut in simili respondet *Cephalus consil. 312. numer.* (r) Non enim opinionem cujusvis & resupinam existimationem sequi oportet, ne melioris conditionis sint stulti quàm periti, ut ait textus *in l. Servius, Quod vi aut clam.* & nullam meretur excusationem, qui evenire aliquid posse non cogitavit, quod perspicere debuit, *l. si quis domum, §. idem, locat.* Haud scio etiam, an non sordida magis quàm æqua sit intentio (r)

mariti,

mariti qui uxorem non aliter se ductu-rum ostendit, quàm si dotem conse-queretur, cum matrimonii vinculum longè sit sanctius, quàm ut pecunia æstimari debeat: Ideoque eum, qui si-mile quid prætendit, non audiendum probatur, *in l. pactum quod dotali, C. de pact. ubi hoc not. Dd.* Hinc quoque 12. & 13. matrimonii & personæ dignitatem frustra consideratam fuisse, apparet, cum præterquam quod soluto matri-monio omnis ejus favor cessat, nihil hic quod à bona fide quæ in matrimo-niis requiri solet, vel à contrahentium dignitate alienum sit, actum gestumve fuerit, sed æquitatis & juris rationi o-mnia sint consentanea.

Decimum quartum argumentum à verisimili nititur tantummodo cir-cumstantiis in præcedentibus conside-ratis, cum verò satis jam ostensum sit, eas ad sententiam hanc probandam de-biles esse & admodum imbecilles, hoc ipso etiam argumentum istud simul sublatum est. Deinde verisimilitudo il-la duntaxat secundum mentem mariti considerata fuit, cum tamen probatum jam sit, potius voluntatem Ducissæ do-tem promittentis attendendam esse. Maxime verò omnis verisimilitudinis ratio desumpta est ex iis, quæ evenire quidem potuerunt, nunquam autem contigerunt, cum tamen potius præ-sens rei status considerandus sit, atq; hoc facto posterior sententia longè sit veri-similior, & propterea etiam argumen-tum hoc potius hanc, quàm priorem confirmet per ea, quæ suprà adducta fuerunt.

Quod verò ultimo consideratum fuit, promissionem hanc testamento Ducissæ non revocatam fuisse, in eo sa-nè nulla vis est. Nam cum sponsa ante Ducissam decesserit, hoc ipso promis-sio ista tanquam deficiente conditione ipso jure evanuit, ut suprà probatum,

119 & † propterea nulla hîc opus fuit revo-catione, atq; adeò illa frustra hic con-sideratur, ut in simili respondet *Thob. Non. consil. 54. num. 19.* Quinimò Ducis-sa ideò in Testamento hujus promis-sionis nullam fecisse mentionem vide-tur, quia eam ob mortem sororis filiæ jamdudum caducam esse factam & eva-nuisse existimavit, cum præsertim jam-diu post sororis filiam superstes fuerit, alteri deinde marito nupserit, neque unquam hoc nomine à Comite appel-lata fuerit. Alioqui enim, si aliqua ra-tione se adhuc obligatam esse opinari potuisset, utique non prætermisisset, quin uno saltem verbo id attigisset. Ut perinde ex taciturnitate ista potiùs con-trarium ejus quod suprà diximus, colli-gere liceat. Cumque ex iis quæ hacte-nus consideravimus, manifestum fiat, quàm infirmæ & fragiles sint omnes il-læ mentis conjecturæ in priorem opi-nionem adductæ, sequitur etiam inde, minimè locum invenire posse eam, quæ his subnixa est, doctrinam, de men-te & voluntate contrahentium potissi-mùm inspicienda.

Illa † enim tum demum rectè proce- 120
dit, quando de mente hac liquidò appa-ret, ut est text. *in l. 1. ibi nisi alia voluntas evidenter probatur. C. de condict. insert. & in l. prædia §. liberto ibi nisi manifestè con-trariam voluntatem approbant. de fund. instruct.* Ideoque non quævis conjectu-ræ ad mentem disponentis colligen-dam sufficiunt, sed urgentes & necessa-rio concludentes ad hoc requiruntur, ut docet *Bald. in l. eum vicum num. 20. C. de fideicom. Castrens. in consil. 28. numer. 8. vol. 2. Jas. in l. potest. num. 8. de vulg. & pup. & in cons. 60. col. pen. vol 3. Paris. cons. 31. nu. 11. vol 2. Alciat. cons. 46. col. 1. Curt. jun. cons. 3 num. 5. Socin. jun. cons. 29. num. 2. vol. 4. Philip. Port. cons. 43. num. 14. Caphal. cons. 209. in fin. Bursat. cons. 61. nu. 2. Gabr. cons. 111. nu. 12. vol 1.* Præsertim illæ con-jecturæ non admittuntur, quæ verbis non sunt consentaneæ per jura suprà in principio responsionis ad objecta ad-ducta. Quæ deinceps additæ sunt ra-tiones, ut ostendatur, etiam in dubio huic opinioni adstipulandum esse, ad

illas

illas unico verbo responderi potest, cum omnia argumenta prioris opinionis sublata sint, fundamenta verò posterioris firma atq; immota maneant, casum hunc minimè dubium, sed potiùs in sententiam secundo loco firmatam satis certum atque clarum esse, ac propterea etiam rationes illas, quæ ad casum dubium duntaxat pertinent, huc accommodari neutiquam posse, sed singulis etiam respondebimus. Et prima quidem regula, qua traditur, donationem in dubio inter vivos factam videri, non ita simpliciter vera est, sed tùm demum rectè procedit, quando nulla mortis facta est mentio: nam tùm etsi ab infirmo facta sit, in dubio pro donatione inter vivos habenda est, & in his terminis loquuntur primi hujus regulæ auctores.

121 At quando † de morte exprefsè dictum est, potiùs in dubio contrà statuendum, donationem causa mortis factam esse: tùm propter communiter approbatam illam regulam suprà adductam: quæ alioqui planè everteretur, ut etiam licet non satis considerate animadvertit *Cæsar Fiumag. in loco citato.* Tùm etiam, quia in dubio standum est verbis per jura paulò pòst citanda. Qui igitur doctrinam istam etiam ad hunc casum, in quo mortis est facta mentio, accommodârunt, illi partium studio perperam ea sunt abusi, idque etiam in errorem induxit *Cæsar Fiumag.* Dotis autem & matrimonii favor, qui secundo & tertio consideratus fuit, propter obitum conjugis planè cessat, ut ejus nulla ampliùs duci possit ratio, per ea quæ suprà firmata fuerunt.

Quod verò donatio in dubio contra donatorem interpretanda est, ut quarto dictum, id tùm † ex eo descendit, quod liberalitas, cum inter virtutes referatur, favorabilis esse censetur, tùm etiam quia imputandum est donatori, cur cum legem potuerit apertiùs dicere, id prætermiserit. Nam hinc plerique concludunt, donationem contra donatorem interpretandam, ita ut omnia contineat, quæ sub verborum ambitu comprehendi possunt, ut apparet ex locis citatis. Utrunque autem horum cessat, quando, ut in proposito, donator certa lege donationi addita mentem suam verbis ita expresserit, ut quid senserit, satis clarè vel saltem verisimiliter inde appareat, tùm igitur argumentum illud tantùm valere non potest, ut propterea donatio iàm contra mentem quàm contra verba interpretari possit: quippe cum hac ratione quis liberalitate suâ caperetur, quod tanquam absonum jura neutiquam admittunt, *l. cum Aquiliana de transact.* præsertim verò donatio quantumvis favorabilis, nunquam extenditur ad id, de quo ne cogitatum quidem fuisse apparet, ut probatur *in d. l. cum Aquiliana.* & quod donatio stricti juris sit, est text. *in l. eum qui de donat. Rimin. jun. Inst. de donat §. 1 numer. 237.* Ultima ratio hoc ipso jam est sublata, quod suprà in fundamento posterioris sententiæ contra probatum fuit, illam considerato, ut par est, præsenti rei statu æquiorem & benigniorem esse altera: potiùs igitur ratio ista nobiscum facit, quàm ut nos oppugnet. Quæ hisce tandem de die incerta contractibus addita, & de conditionali contractu in fine subjecta fuerunt, illa reprobata hac opinione tanquam præsupposito cessante sua vi corruunt. Neque enim hîc de die incerta, sed de ejusmodi contractu agitur, in quo ipsa obligationis substantia in mortis eventum est collata, vel saltem in quo aliquid certo modo, lege atque conditione est promissum, quæ tamen penitùs defecit.

Nam † quantumvis conditionalis contractus ad hæredes transire soleat, id tamen locũ habere non potest, quando vel ex verbis usurpatis sive aliunde diversum apparet, vel conditio apposita planè defecit per jura suprà citata. 123

Mani-

Manifestum est igitur ex hisce omnibus, ut tandem concludamus, priorem illam sententiam non satis firmis niti rationibus, contra verò posteriorem solidis juris fundamentis suffultam esse, quamobrem non ambigendum, quin huic potiùs quàm illi adstipulandum sit. Quinimò licet præterea in medium alia proponerentur, quibus vel prior opinio defenderetur, vel impugnaretur posterior: quia tamen illa vix ita certa atque firma esse possent, ut omnem scrupulum penitùs eximerent, & non dubium potiùs atque ancipitem aliquem relinquerent, ideò etiam in hoc dubio secundum posteriorem sententiam tàm respondendum quam judicandum esset. Primò quia in aperto est, eam verbis à contrahentibus usurpatis & suprà consideratis magis esse consentaneam.

124 In dubio enim semper verbis † standum & secundum ea de mente disponentis judicandum est, quantumvis ex conjecturis quibusdam aliud posset colligi, *ut probatur in l. si alij. in fin. de usufr. legat. & in l. in ambiguo. & in l. is qui ducenda. in princ. de reb. dub. l. nepos Proculo. de verb. signif. l. non aliter. in princ. de leg. 3. l. Aurelius. §. Testator. de liber. legat. l. jubemus. C. de Testam.* quippe cum ex verbis disponentis mens ejus potissimùm deprehendi soleat, *c. porrò. de Privileg. c. ad audientiam. de Decim. c. fin. de verbor. signif. l. Gallus. §. 1. de liber. & posthum l. cum unum, C. de fideicom.* & voluntas hominis ita consistat in verbis, ut facies in speculo, ut ait *Bald. consil. 111. vol. 3. quam refert Cravett. consil. 20. in princ. & consil. 35. num. 6. Rol. à Vall. consil. 95. num. 17. vol. 2.* Nemo enim aliud voluisse existimatur, quàm quod verbis expressit, *l. liber. de supell. legat.* Ideoque durum esse propter divinationem mentis à verbis mentem conceptam demonstrantibus recedere, cum multa movere potuerint disponentem, quæ nos lateant, dixit *Corn. consil. 272. col. 5. vers. & maximi vol. 4.* quem refert *Alciat. consil. 104. num. 14. Curt. jun. consil. 63. num. 6. & Bursat. consil. 361. num. 57.* Nam cum verba ad demonstrandam voluntatem disponentis per se satis sint certa, voluntas verò ex conjecturis ita certè colligi nequeat, quin dubia adhuc maneat, certè absonum esset, si propter id quod dubium esset & incertum, à certo recedere liceret, ut considerat *Cravett. consil. 143. in fin. & Menoch. consil. 152. num. 15.* Atque hinc in celebri illa causa Comitum de Sessis, quæ multorum JCtorum ingenia exercuit, repudiatis conjecturis quantumvis urgentibus, pro verbis contra eam quam ipse defendit sententiam, judicatum fuisse, testatur *Marzan. in Epitom. de fideicom. quæst. 19.* & ita in casu simili tàm in Romana quàm Florentina Rota observatum fuisse, apparet ex *Rimin. jun. consil. 328. & Joan. Vincent. Honded. in consil. 60.* Ita etiam in Apulia judicasse regiam Audientiam, profitetur *Francisc. Vivius decis. 281. in fin.* Sic etiam in nobili illa controversia Honoldina in inclyto Imperial. Cameræ judicio secundum τὸ ῥητὸν judicatum fuit, quantumvis multi præcellentes JCti διάνοιαν acriter defenderint. Secundò, ideò juxta posteriorem sententiam judicandum, quia ea generali & communiter approbata nititur juris regula: cum è contrario altera tantum limitationibus iisq; non satis certis, sed dubiis admodum fulciatur.

In † dubio enim pro regula judicandum est, ut *not. Dd. in l. 2. si quis in jus vocat. non ier. & in l. suus quoq. de hæred. instit. & in l. quoties si quis caut. Jas. in l. post dotem. num. 87. solut. matrim.* Quippe cum is, qui pro se habet regulam, dicatur rem certam & indubitatam habere, donec allegans exceptionem illam liquidò probet, *Felin. in c. quoniam frequenter. in prin. col. 3. ut lit. non contest. Jas. in l. cætera in 3. not. de leg. 1. Decius consil. 8. in princ. & consil. 103. col. 2. Cagnol. in l. 1. num. 21. de reg. jur. & in l. 1. num 51. C. de pact. Beccius consil. 39. num. 10.* 125

Tertiò

126 Tertiò quia in † dubio in favorem promissoris facienda est interpretatio, *l. veteribus de pact. l. ideò scribit. de contrah. empt. Oldrad. consil. 95. col. 2. Imol. consil. 21. col. 1. Joan. de Anan. consil. 98. in fin. Decius consil. 353. in princ.* atque ita accipienda sunt verba, ut quoad ejus fieri possit, minus obligent promittentem ut sensit *Angel. in consil. 67. circa fin. & Dec. consil. 423. num. 8.*

127 Quartò † quia ostensum est, hanc sententiam consideratis negotii hujus qualitatibus, ut nunc res se habet, longè esse æquiorem & benigniorem altera: In dubio enim semper æquior & benignior opinio præferenda est, *l. in his l. Titius de condit. & demonstr. l. in bello, §. Codicill. de captiv. & postlim. rever. l. ea quæ §. in re dubia. l. semper in dubiis. de reg. jur.* quippe cum benigniorem interpretationem sequi non minùs justius sit, quàm tutius, ut ait JCtus in *l. proximè de his quæ in Testam. delent.* Quintò quia probatum fuit suprà, maritum hîc de lucro captando, alterum verò de damno vitando certare.

128 In dubio † enim pro eo semper, qui de damno vitando agit, judicandum est, & contra eum, qui lucrum captat, *l. fin. §. licentia. ubi. not. Dd. C. de jur. deliber. l. qui autem in princ. junct. §. similiq; modo de his qui in fraud. credit. l. non puto. & obtinent Dd. de jur. fisc. Gabr. consil. 181. vol. 1.* Sextò, quia posterior sententia militat pro illo, qui Testamento hæres institutus fuerat, qui de eo laborat, ne amittat id, quod sibi tanquam hæredi ex Testamento debetur.

In dubio enim pro Testamento judicandum est, *l. si pars. de inoff. Testam. c. fin. de re judic. l. Gallus §. quod si ita. ibi latè Jason. in 2. notab. de liber. & posthum.* & favorabilius censetur esse id, quod ex Testamento provenit, *Alex. in l. si filia, num. 2. ad Trebel. Decian. consil. 28. num 84. vol. 2.* Septimò, quia tum ex his ipsis, quæ jam diximus, tùm verò ob id, quia maritus nititur jure quodam speciali, & quidem satis controverso, manifestum est, partes ejus admodum odiosas, contrà verò alterius favorabiliores esse: Nam vel hac de causa in dubio pro hoc potius, quàm pro illo judicandum, cum odia restringi, favores verò ampliari conveniant: Præsertim † verò ea, 130 quæ à jure communi exorbitant, in consequentiam trahenda non sunt, *l. quæ contra. de legib. l. præcipimus in fin. C. de appell. c. quamvis. de præbend. in 6 glos. ordin. in cl. 2. verb. in eisdem. de ætat. & qualit. Roman. consil. 129. Alex. in l. in constante. nu. 5. solut. matrim. Jas. in auth. quas actiones num. 22. vers. sic ergò. C. de sacros. Eccles.* Octavò & ultimò, quia maritus actoris, alter verò rei partes sustinet.

In † dubio enim semper pro reo judicandum est, *c. favorabiliores. de reg. jur. l. Arrianus de actio. & oblig. c. ex literis de probat. c. inter dilectos. de fid. instrum. cum simil.* 131

ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

EAndem quæstionem ex eadem facti specie pertractat *Petrus Heig. q. 33. p. 1.* utriusque autem operas inter se conferre non pœnitebit, ut appareat, uter luculentius rem exequatur, quibus conjũgatur inter consilia Altorffiana *cons. 69.* quod paternæ sententiæ accedit, & secundum eam in judicio appellationum Elector. Saxon. ubi causa hæc pendebat, est pronunciatum, licet contrarium senserint Lipsenses & Helmstadienses,

diensès, ut videre est int. conf. Altorff. *respons.71.72.*

(*b*) *Alvar. Valasc. consult. 102.n.10. Gamma decis.163. Jo. Vincent. Honded.con. 44.n.61. vol.2.*

(*c*) Idem *Honded.cons.44.n.52. vol. 2. Roder. Suarez. alleg.20.n.5. Franc. Personal.consil.44.in pr.*

(*d*) *Vincen. Honded.d.cons.44.nu.54. vol.2.*

(*e*) Facit quod dicitur actum seu natura revocabilem, quando jungitur actui irrevocabili ejus naturam assumere & pariter irrevocabilem fieri *per not. Rom.cons.171. Gamma decis.116.n.7. vers. secunda ratio.*

(*f*) *Jas.in l.ejus qui §.placebat, nu.1. si cert pet. Dec.consil.35.n.5.*

(*g*) Vide *Menoch. de arbitr. judic. cas.88 num.33.*

(*h*) *Gamma decis.Lusit.103.in fin.*ubi ait, quando donatores in scriptura non separarunt per diversas clausulas donationem & ejus executionem, sed in una eademque clausula fit donatio in casum mortis, tempus illud non dicitur appositum in vim dilationis sed substantiæ, ut tunc demum robur & firmitatem obtineat, cum tempus mortis donatori obvenerit.

(*i*) Et rationes quæ sumuntur ab incertis eventis, quæ necessariò non consequuntur nihil ad rem faciunt neque concludunt, *arg.l. ad probationem l.neq; natales C.de probat. Jas. in l. non hoc n.34. C. unde leg. Cagnol.in l.1.id quod nostrum n.16.de reg.jur.*

(*k*) Sequitur *Alex. cons.14. num.1. vol 1. Cravett cons.85. num.2. & cons.114. numer.17.* latiss. *Fab. de Anna consil.73. num.28.*

(*l*) Vide *Andr. Fachin.lib.5. controv. c.23.*& fusissimè *Alex. Raudens. de analog.c.23.*

(*m*) *Mantic. de conject. ultim. volunt.lib.1.tit.13.num.7.*

(*n*) Adde *Fachin. d.c.23.*

(*o*) Adde *Patrem lib.1.quæst.13. n.6. 8.& 9.* nec non *Cæs. Fiumag. in l.2.n.89. 94. de leg.1.* communem & veriorem pronunciat *Grib.ald.in com.opin.verb.donatio,num.18.*

(*p*) *D. Frid. Pruckman. cons.17.n.68. cons.13.n.147.*

(*q*) *Mantic. de conject. ult. volunt. lib.1.tit.13.n 8.in fin.*ubi concludit, esse posse donationem causa mortis, quamvis actum sit, ut uno casu fortè per pœnitentiam solam non renovetur: vide etiam *Fachin. d.c.23.*

(*r*) Et in simili pacto dotali irrito *Bald.in l. cum Archemidorum C. ut in poss. leg.* ac in donatione in casum mortis collata tenet *Alvar. Valasc. consult.102.nu.36.37.*

QUÆSTIO IX.

MERUM ET MIXTUM IMPERIUM AUT JURA PRINCIPIS HABENS,

an donationes sine insinuatione celebrare aut eas coram seipso insinuari facere possit. Et quid in Testamentis.

SUMMARIA.

1. *Donatio ultra 500.solidos etiam sine insinuatione multis casibus valet remissivè. utputa si ab Imperatore fit num.2.& quæ sit ratio ibid.& nu.8. 21.aut*

22. aut à rege vel alio superiorem non cognoscente n.3. Item à Principe aut Comite superiorem recognoscente modò regalia habeat nu.4. vide tamen num.26. Idem in aliis cum jurisdictione & mero Imperio investitis secundum quosdam n.5. Quod reprobatur nu.19. per tot. & idem si in judicio fiat nu.12. Declaratur num.24.

6. Donationis insinuatio coram ipso donante fieri potest, si is habet jurisdictionem & num. 20.

7. Testamentum factum à Domino castri qui merum & mixtum habet coram actis factum censetur. Declaratur num.21.27.

9. Insinuatio donationis quid sit & nu.13. potest unico contextu cum ipsa donatione fieri num.10. Sunt tamen actus distincti n.18. Et sola Judicis præsentia sufficit nu.11. contra nu.13.15.23. quod requirat scripturam num. 13. quæ à tabellario aut Notario judicij scribenda n.14. Judice mandante nu. 15. Forma ejus num.17.

13. Insinuationis natura & ratio explicatur cum seqq.

16. Insinuationis in actu an Judex etiam Notarij personam supplere possit.

25. Præsumptio pro validitate actus locum non habet, quando ea quæ ad eum perficiendum requiruntur non sunt adhibita.

Donationes, quæ olim absque insinuatione fieri non poterant, *l. donatio.* §. *fin. l. data. l. in hac l. secundum. l. sancimus. C. de donat.* hodie tantùm usque ad quingentos solidos valent, ultra verò hanc summam juris vigorem non obtinent. *l. penult.* §. *fin. C. eod. tit. l. illud. C. de sacros. Eccles.*

1 Sunt † tamen multi casus, in quibus hæc insinuationis solennitas necessaria non est, quos prolixè recenset *Anton. de Canar. in tr. de insinuat. part. 2. Rimin. jun. Instit. de donat.* §. *1. num. 376. in antiq. vel num. 942. noviss. edit. Julius Clar. libr. 4. sent.* §. *donatio quæst. 15. & seq. & Moz-zius de donatio. tit. de substant. quæ requir. in donat. num. 5. & seq.*

2 Inter alios autem † etiam hîc referri solet, quando donatio ab Imperatore facta est: nam hanc nullam requirere insinuationem disertis verbis constituitur, *in d. l. sancimus.* §. *exceptis. C. de donat. & in d. l. illud.* Cujus hanc volunt esse rationem, quoniam coram Principe, qui semper multos præsentes habere solet, nihil occultè fieri censetur, ut *per l. omnium. & quæ ibi not. Dd. C. de Testam. ait Bald. in d. l. sancimus.* Sed potior videtur illa ratio, quia summi Principis liberalitas nullis ejusmodi frenis & cancellis coerceri debet, *l. penult. C. de donat. int. vir. & uxor. l. fin. C. de Præpos. agent. in reb. libr. 12. Marc. Mant. cons. 1. num. 15.* quam rationem considerat *Tiraq. de nobilit. cap 37. num. 53.* refert *Rimin. in d. tit. de donat.* §. *1. numer. 1221. in noviss. edit.* plura in hanc sententiam afferens.

Idemque † tàm in Regibus, quàm in omnibus aliis Principibus superiorem non recognoscentibus sine controversia receptum est, *Oldrad. cons. 231. Johan. Andr. in addit. ad Specul. tit. de instrum. edit.* §. *porrò vers. subscribat. in fin. Imol. in c. cum contingat. col. fin. de jurejur. Roman. in l. Modestinus. de donat. & in auth. ex Testamento. C. de collat. Alex. in l. Centurio. col. 5. de vulg. & pupill. Felin. in c. cum non liceat. col. 5. de præscript. Decian. cons. 25. numer. 67. vol. 1. & alij citati à Roder. Suaret. in Disput. de Majoratu nu. 2. & 28.* 3

Quinimò † idem obtinere volunt in Principibus, Ducibus & Comitibus superiorem recognoscentibus modò habeant Regalia, legis condendæ potestatem, aliaq; jura Principatus. Nam etsi quidam putaverint, ad eos *d.* § *exceptis,* non pertinere, ut sensit *Alex. in d. l. Centurio. nu. 26. Socin. jun. cons. 29. nu. 41. vol. 1. & Wesenbec. cons. 42. nu. 70 & Stichard. in d. l. sancimus. num. 18. & 19.* asserens, hoc communiter teneri: pleriq; tamen contrà existimârunt, etiam hos absq; insinuatione donare posse, *Bal. in d. l. sanci-* 4

mus. & in d. l. pen. C. de donat. int. vir. & uxor. & in con. 300. vol. 2. Barbat. in add. ad Bald. in d. l. sancimus. Roman. con. 59. nu. 7. Alex. con. 157. n. 7. & 8. vol. 2. Bero. cons. 61. in fin. vol. 1. Zas. cons. 1. n. 96. vol 2. Menoch. cons. 1. n. 374. Thob. Non. con 1. nu. 15. Rimin. jun. in d. tit de donat. §. 1. n. 1230. Franc. Bec. con. 62. nu. 38. Mantic. de conjectur. ultim. volunt. lib 6. tit. 1. num. 39. Capiferreus in tractat. de num. test. in Testament. requisito part. 1. cap. 24. Ejusmodi enim Principes & Duces in territoriis suis eandem habent potestatem, quam Imperator, *Paul. de Castr. consil. 34. col. 2. vol. 2. Alex. cons. 1 col. 8. vol 1. Dec con. 516. n. 4. & complures alii citati in addit ad Roman. con 59. & à Cæphal. consil. 539 nu. 15. & à Rimin. jun. in d. loc. & consil. 156. & Cacher. in decis. Pedemont. 156. num. 1.*

5 Sed † quæritur hoc loco, an idem extendendum sit ad inferiores, quibus concessa est jurisdictio cum mero Imperio, vel etiam absque hoc? Et multi quidem ad dicta veterum Interpretum non satis advertentes opinati fuerunt, etiam horum donationes absque insinuatione valere, ut sensit *Alexand. d. consil. 157. numer. 8. vers. ex prædictis ergò infertur. volum. 2. Ruin. consil. 23. numer. 12 volum. 2. Natt. consil. 28. numer. 4. & consil. 402. numer 45. & consil. 628. numer 9. Roland. à Vall. consil. 93. numer. 42. volum. 1. Cott. in memorabilibus. in verb. insinuatio. Rimin. in d. tit. de donat. §. 1. num. 453. in antiquit. & num. 1232. in noviss. edit. & Schneid. eod. tit. §. alia numer. 31.*

Moventur autem hi eò, quod communiter traditum est, insinuationem,
6 cum † sit actus voluntariæ jurisdictionis coram ipso donante, qui habet jurisdictionem, fieri posse, neq; hoc casu necesse esse, ut alius Judex insinuationis nomine adeatur, ut satis perspicuè docuit *Odofred. in d. l. sancimus. & contra Guiliel. de Cun. firmat Bartol. in l. si Consul. de adoptio.* (a)

7 Et † sequitur *Bald. in d. l. sancimus.* referens *Bartol. & Francisc. de Pisan.* consuluisse, quod Testamentum factum à quodam de Ursinis in castro, in quo habebat merum & mixtum Imperium, valeat.

Hoc etiam tenuit *Joann. de Imol. in leg. Aquilius. in fin. de donatio. Canar. in Tractat. de insinuatio. part. 1. quæst. 7. numer. 26. & alij in locis suprà citatis.* Hinc enim existimant, hanc, de qua nunc agimus, opinionem defendentes, donationem factam ab eo, qui jurisdictionem habet, absque alia insinuatione valere.

Ex † eo etiam porrò colligunt rationem, *d. §. exceptis.* non in speciali quadam supremæ potestatis consideratione consistere, sed in eo solùm, quod summam Princeps jurisdictionem habeat, atq; inde pro confirmatione hujus opinionis inferunt, dispositionem illius textus ad omnes quibus jurisdictio concessa est, pertinere, ut sensit *Alex d. con 177 nu. 7. vers. & ad rationem Odofred & Ruin. in d. con. 402 num. 45. & Rimin jun in d. loco.* 8

Accedit deniq; hisce, quoniam insinuatio † nihil est aliud, quàm facere donationem, redigi in scriptis coram Judice, ut docet *Bart in l. Modestinus numer. 2 de donat. & in l. donatio in fin. C. eod. tit.* quem refert & sequitur *Alex. d. con. 157. nu. 2. vol. 2. Guid. Papa consil. 23.* vel est autoritatis præstatio per superiorem *Albert. in l illud num 2. C. de SS. Eccl. Aretin. in §. alia Instit. de donat. Julius Clar. in d. §. donatio quæst. 15. num. 2.* 9

Potestque † unico contextu simul cum ipsa donatione fieri, ut sensit *Joan. Andr. in addit. ad Specul. tit. de instrum. edit. §. porrò numer. 4. vers. subscribat.* inquiens, ita servari, ut donatio unico contextu fiat coram Judice autorizante, & quod tùm dicatur insinuata. Idq; sequitur *Guid. Pap. d. consil 23 num. 11. Canar. in d. tract. de insinuat part. 1. nu. 5. & alij citati à Jul. Clar. in d. quæst. 15. num. 3.* hanc opinionem communem esse asserens. 10

Ex † quo etiam solum præsentiā Judicis 11

dicis ad insinuationem sufficere, post *Bart.Bald.& alios.*ait idem *Canar.in d.loco.quaest.10.num.21.Alex.cons.20. numer.5. vol.3.Duern.regul.224. limit.8.* & multis generaliter firmat *Bertazoll.cons.114.numer. 16.*

12 Et † quod donatio facta in judicio insinuatione non indigeat, per *l.qui: in jure de donat. docet Bald. in l.si tibi pecuniam. in fin. si cert. petat.* quem sequitur *Aretin.ibi & Rimin.jun.in d.§.1.num.154. in antiq.& num.404.in noviss.edit.* Sequitur ergò, quoties donatio ab eo fit, qui ipse jurisdictionem habet, quod tùm illa, quia coram Judice facta est, pro insinuata habenda sit, non secus ac si coram alio Judice facta fuisset: Cum ut dictum est, insinuatio ab ipso Judice donante fieri possit, & ad insinuationem sufficiat, donationem coram Judice auctorizante factam esse.

Neq; enim videtur ambigendum, quin Judex donans perinde, ut quivis alius, donationi, ut valeat, autoritatem suam accommodare voluerit, perinde ac si ea, coram alio Judice fuisset facta. Cum quilibet actum validum potiùs, quàm invalidum gerere voluisse censeatur. Idque sensit *Cotta in memorabil. vers.insinuatio.* dum hanc considerat rationem, quia cum insinuatio ad voluntariam pertineat jurisdictionem & apud donantem resideat talis potestas vel jurisdictio, videtur quod insinuatio intervenerit, ut actus valeat.

Etsi autem hæc aliquam veri speciē habere videantur, ne tamen nos cum aliis in errorem abducant, ipsius insinuationis natura, & quæ ad illam requirantur, diligentius consideranda.

13 Ad † hanc enim non sufficit, donationem coram Judice factam esse, sed insuper requiritur, ut actorum testificationes interveniant, & hujus donationis nomine acta apud Judicem conficiantur, ut ait textus *in l.donatio. in fin.& in l. data. C. eod. tit.& in l.fin.& similiq; modo. C de donat. ante nupt.* id est, ut insuper donatione illa conficiatur scriptura solennis coram Judice, ut sensit *glos. & Bart. in l. illud verb. actorum, C.de sacros.Eccl.* Ideoq; scripturam ad insinuationem requirunt omnes, *Bart. & Dd. in d. l. Modestinus Imol in c. cum contingat. numer.89. de jurejur. Guid. Papa d.consil.23. num. 11. Canar.de insinuat.part.1.quaest.10.num.22.& quaest.17. numer.32.* Quinimò insinuatio nihil aliud est, quàm descriptio & registratio coram Judice facta, sive redactio donationis ad acta Judicis, ut *in d.l Modestinus docet Bart.& Bald in d.l.illud num.11. Oldrad.cons.253 in fin. Alex.cons. 157. numer. 2. vol. 2. & complures alij citati à Rimin.jun. in d. tit. de donat. §.1.numer.152. & cons.340. numer. 42. Eugen. cons.8. numer.19.*

Hæc † autem scriptura ut solennis sit & actorum nomen mereatur, necesse est, ut conficiatur à Notario sive tabellione ad hoc deputato, *Bart. in l fin. C.de re judicat.Alex.in l.acta.& in l actorum ff.eod.tit.de re judicat. Abbas in c.quoniam contra.col.2.in fin. & ibi etiam Bald. de probat. cum aliis adductis à Purpurat. cons.593.num.4. Marant. de ordin.judic. part 6 actu 10.num. 1. & 21.* 14

Et † requiritur insuper, ut Notarius Scripturam illam non quidem propriâ auctoritate, sed Judice hoc mandante conficiat, ut tradit *Bald. in d. l. illud numer.4.Canar. de insinuat. quaest.10. numer. 22.* Quamobrem solam Judicis præsentiam non sufficere ad insinuationem, sed insuper necesse esse, ut de voluntate Judicis appareat, quod videl. donationem ad acta referri, atq; adeò insinuari voluerit, ut post alios firmat *Canar.de insinua part.1. quaest.14.numer.30.* 15

Ex quo etiam † de eo quærunt Interpretes, utrum in insinuandi actu quis simul Judex & Notarius esse possit, & licet istud concedant (ut Paris. studiose contradixisse videatur *Bursatus consil. 396.* & propterea ab eo cavendum sit) nihilominùs tamen requirunt, ut Judex, qui simul Notarius est, circa 16

circa insinuationem suppleat vices Notarii, & idem præstet, quod huic incubuerat, *Baldus in l. Julianus. §. sanè. numer. 3. versic. secundo modo. C. de sacrosanct. Eccles. Alexand. in d. consil. 157. numer. 3. vol. 2. Canar. in d loco, quæst. 8. nu-*
(b) *mer. 27.* (b) *Mandel. Alban. cons. 180. num. 23.* qui post *Bald. & Dd.* præterea ad insinuationem requirit, ut de ipsa donatione fiat mentio in ipsis actis Judicis.

17 Et formulam † ejusmodi Scripturæ de insinuatione donationis uno & eodem contextu factæ post *Joan. Andr.* ponit ibidem *Canar. quæst. 2. numer. 5.* Ut contractus donationis scribatur & partibus volentibus coram Judice publicetur & insinuetur hoc modo in fine instrumẽti dicendo: Acta, gesta, intimata, publicata, insinuata sunt omnia suprà scripta coram tali Judice & in scriptis redacta, ut suprà in Instrumento continetur, de mandato & autoritate prædicti domini Judicis per me Notarium infrà scriptum de voluntate & instantia partium.

18 Unde simul patet, quamvis † donatio uno & eodem momento coram Judice fiat atque insinuetur, quod tamen nihilominus sint actus inter se distincti & separati, ut per *per text. in l. final. §. similiq. modo. C. de donat. ant. nupt.* docet *Canar. de insinuat quæst. 2. numer 6* & sequitur *Bursat. d. cons. 396. numer. 11.*

19 His † itaque stantibus consectarium inde modis omnibus est, etsi ab eo, qui jurisdictionem habet, donatio fiat, quod tamen illa propterea pro insinuata habere non possit: quippe cum ut dictum est, donatio ipsa ab insinuatione plurimùm differat, & ad insinuationem minimè sufficiat Judicis præsentia, sed insuper requirantur alia, quorum in proposito nihil prorsus intervenit, quæ etiam ex eo solo, quod jurisdictionem habuit donans, suppleri neutiquam possunt. Quomodo igitur quæso ob solam donantis jurisdictionem pro insinuata haberi poterit donatio. Idem confirmatur ex sententia eorum, qui concludunt donationem factam ab eo, qui jurisdictionem habet, coram eodem donante insinuari posse.

Nam † hoc ipso satis perspicuè docent, jurisdictionem donantis minimè hoc præstare, ut propterea donatio insinuanda non sit, sed potiùs necessarium propterea esse, ut coram ipso donante jurisdictionem habente insinuetur, ut cuilibet verba eorum rectè intuenti facilè patebit. Nam ut ab Otofredo tanquam vetustiore initium faciamus, ejus verba *in d. l sancimus in fin.* hæc sunt, quæ, quia is non in manibus omnium habetur, adscribere placuit. Si aliquis Ordinarius se auctore vult donare alicui ultra legitimam summam, ultra quam sine insinuatione non valet facta donatio: nunquid valebit ista donatio, quam ipse donator insinuat? Et videtur quod non, quia speciale est in Principe, ut se auctore valeat donatio, sive fiat ab eo sive ab alio sibi, ut *hac l. & in auth. hic posita.* Ergò in contrarium obtinet jus commune, *l. 1. in fine ad municip.* Item si donatio ista valet, aut est insinuata, aut nõ: si non est insinuata, tunc non valet ultra legitimam summam: quia non est de casibus exceptis, in quibus facta donatio ultra legitimam summam valet: si dicis eam valere, quia est insinuata, jam idem sibi auctor erit, quod lex prohibet, *l. 1. in fin. de auctorit. præst. a nd. l. 1. §. fuit quæsitum ad Trebel.* Sed certè potest dici, quod valeat, quasi ista fuerit de voluntaria jurisdictione, sicut aliàs diximus in emancipatione & adoptatione, ut in *l. 1. & 2. de offic. Procons.* & colligitur *l. 3. & l. 5. de adopt.* Item quod donatio facta à magistro militum suis militibus se autore valet, ut *titul. cod. l. si quis pro redemptione. § finali.* Sed in ista quæstione, quæ fuit de facto Bononiæ, non fuit judicatum sed transactum. Hæc Odofred. Ex quibus liquidò apparet,

apparet, illùm non solùm quæstionem proponendo eo de casu loqui, ubi donatio ab ipso donante insinuata fuerat, sed & in responsione subjecta manifestè distinguere, utrum donatio insinuata sit nec ne. Et licet posteriore, casu existimet donationem, quantumvis facta sit ab ordinario habente jurisdictionem, non valere, cum istud speciale sit in Principe: Nihilominùs tamen in priore, quando insinuata est donatio videlicet, quoad ipsum donatorem concludit, donationem valere, atque adeò insinuationem hoc casu factam præsupponit. Sic & *Bartol. in d. l. si Consul.* disertè loquitur de judice, qui donationem à se factam coram seipso insinuavit. *Bald.* verò *in d. l. sancimus.* Licet in principio quæstionis bis dicat, donationem non fuisse insinuatam, tamen cum deinde subiiciat, à parte adversa contradictum fuisse, quod erat insinuata apud Magistratum illius castri, qui & ipse donator fuerat, & deinde disputat, utrum valeat insinuatio coram se facta, verba ejus præcedentia quibus negat insinuationem factam de ea quæ coram superiore fieri debebat intelligenda erunt, atque adeo nihilominus insinuationem coram donatore factam ponit, ut verba ejus explicat *Capyt. in decis. 203. numer. decimo septimo.*

21 Et secundum hæc † etiam intelligenda erunt ea, quæ de testamento ab uno de Ursinis condito ex mente Bartoli subiicit, de quo videndi sunt *Alexand. consil. 157. numer. 7. volum. 7. Natt. consil. 628. numer. 9. & uberius Roland. à Vall. consil. 93. numer. 42. volum. 1.* Licet interim Ursini jura Principis habeant, atque inde hoc exemplum ad ea, quæ de Principe suprà diximus, referri possit. De eadem facti specie, in qua nimirum ipse donans coram se insinuaverat, clarè loquitur *Joan. de Imol. in d. l. Aquilius. in fin.* qui etiam considerat apud acta publicè factam fuisse donationem. Sic & in casu, de quo consultus fuit *Alexand. d. consil. 157. volum. 2.* donatio insinuata fuerat coram vice potestate (ut appellatur) donatarii.

Et quamvis *numer. 8. vers. ex prædictis.* addat, donationem etiam sine insinuatione ex sola persona donatarii habentis merum & mixtum Imperium sustineri, idque deinde *numer. 9. vers. nec prædictis obstat.* idem repetat: in eo tamen se firmare non audet, sed potiùs urget insinuationem coram vice potestate factam, & in illa pedem figit, ut proinde ex hisce manifestum sit, omnes illos, qui docent, donatorem, qui jurisdictionem habet, donationem coram seipso insinuare posse, hoc ipso insinuationem factam præsupponere, atque adeò hanc ultra jurisdictionem donantis requirere. Atque ita doctrinam istam subobscurè, clariùs tamen quàm alii, quos hactenus viderim, explicat *Capyt. decis. 203. numer. septimo.* ubi postquam eam multis autoritatibus confirmasset, subjungit: habuimus plures autoritates, quod Princeps potuisset istam donationem insinuare coram se, quod videtur verius, sed dubium in hac causa facit, quia non apparet, quod Princeps dictam insinuationem fieri fecit, & quasi omnes prædictæ doctrinæ incipiendo à Bartol. *in d. l. si Consul.* loquuntur, quando Judex donans insinuaret. Hæc ille. Non igitur ad eum casum, ubi nulla facta est insinuatio, quippiam inferri, multò verò minùs hoc inde colligi poterit, quasi in ejusmodi donatione insinuatio necessaria non sit. Ex quo simul tollitur potissimum argumentum eorum, qui contrà senserunt: Nam cum in aperto sit, omnes illlos hoc tantum velle, donatorem jurisdictione præditum, coram se donationem insinuare posse, tantum abest, ut inde colligi possit, quasi donatio hoc casu absque insi-

insinuatione fieri queat, ut etiam contrarium potius, videlicet insinuationem præterea requiri, inde sequatur: ac propterea mirum sit, eos, qui priorem tuentur opinionem, hanc interpretum doctrinam in eum sensum planè contrarium detorsisse. Meritò itaque autoritates horum etiam hoc casu insinuationem communiter requirentium multò magis movere quem debent, quàm eorum, quos vel errore vel partium studio ductos illorum doctrina abusos fuisse, apparet.

Hinc etiam porrò sequitur rationem
22 *d. §. exceptis.* minimè in † jurisdictione, quam habet Princeps, consistere, sed potiùs (ut pleriq; veterum Interpretum existimant) in suprema Principum potestate ac peculiari eorundem jure: cum enim ultra jurisdictionem, quam habet donans, etiam insinuatio requiratur, ut satis jam firmatum fuit, quomodo quæso causa vel ratio ejus, quod Imperator constituit, summi Principis donationem ab insinuationis solennitate excipi ad jurisdictionem quam habet, Princeps referri poterit. Insinuationis autem descriptio à Bartol. tradita nos planè non oppugnat. Facilè enim concedimus insinuatione donationem in scriptis redigi coram Judice, modò id (ut fieri necesse est) de ejusmodi scriptura intelligatur, quæ actorum nomen mereatur: qualis autem illa esse debeat, satis jam ostensum est. Licet autem donatio & insinuatio uno & eodem contextu fieri possunt: nihilominùs tamen per se actus sunt distincti & separati, & propterea necesse est, ultra donationem etiam aliud accedere, quod donationem repræsentet, & ex eo quo illam factam esse appareat, ut ex iis quæ suprà dicta fuerunt, evidens est.

23 Quod † verò quidam tradunt, judicis præsentiam ad insinuationem sufficere, id non ita simpliciter intelligendum, sed loquuntur tantùm eo respectu, quod ultra præsentiam non requiratur peculiare decretum: interim tamen nihilominùs alia requirunt, quæ ad insinuationem necessaria esse diximus, ut apparet ex loco *Canar. suprà adducto. & ex verb. Jason. in l. omnium. C. de Testament. ubi num. 4.* post aliosquos allegar, ait: Quando Testamentum, donatio vel alius actus insinuatur coram judice, non est necesse, quod is aliquid dicat vel faciat sed sufficit, quod eo præsente fiat scriptura in actis. Ecce quo respectu dicat sufficere præsentiam judicis, videlicet quia non requiritur aliquod decretum, nihilominùs tamen requiritur ut fiat scriptura, & quidem in actis.

Sic † quoque quod *Bald. in d. l. si tibi pecuniam.* inquit, donationem in judicio factam insinuatione non indigere, non ita accipiendum, quasi sola judicis præsentia sufficiat, sed disertè loquitur de donatione facta in judicio. Nam cum omnia ea quæ in judicio fiunt, ad acta referri soleant, atque hoc ipsum insinuationem repræsentet, non mirum cur ultrà non requiratur insinuatio, quę ut diximus, est redactio ad acta. Et hanc ejus mentem esse ex eo apparet, quod allegat *l. quidam in jure.* Hanc enim ita declarat Bartol. ibi inquiens, Ista donatio non eget insinuatione, quia ista confessio vim habet insinuationis, & pluribus explicat *Riminal. jun. in d. §. 1. num. 319. in antiq.* Non quidem inficias eo, quosdam hanc doctrinam ultra suos limites extendere, ut post alios quos allegat, facit *Bertazol. in d. consil. 114.* Sed hosce nimis generaliter & inconsideratè locutos fuisse ex iis, quæ jam diximus, liquet. Cavendum igitur ab his potiùs, quàm ut imitandi sint. Nihil deníque huc facit *Cotta* consideratio ex præsumptione validitatis desumpta. 24

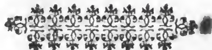
Hæc enim præsumptio † locum habere non solet, quando ea, quæ ad actum perficiendum requirebantur, non fuerunt adhibita, ut docet *Joan. de Imol. in l. à Titio col. pen. de verbor. obligat.* 25

Decius in l. in contrahenda. numer. 15. de reg. jur. Menoch. de præsumpt. libr. 6. præsumpt. 4. numer. 43. Haud paulò igitur infirmior est consideratio ista, quàm ut insinuationis defectum, de qua nullum apparet vestigium, supplere possit. Cumque ex his omnibus evidens sit, opinionem hanc nulla probabili ratione subnixam, sed erroneam potiùs esse, ut tandem finem huic rei imponamus, absque hæsitatione concludendum arbitramur, donationem factam ab eo, qui jurisdictionem etiam cum mero & mixto habet, non valere absque insinuatione. Si tamen is donationi adhiberet ea, quæ aliàs quoties actum judicialem exercere vult, adhibere solet, atque hoc ipso ad acta referret donationem, tùm quia ad insinuationis vicem obtineret, rectè locum inveniret communis Interpp. doctrina, qua donationem coram seipso insinuare posse Judicem traditur, atque inde etiam donatio ista rectè subsisteret, non obstante, quod alius Judex insinuationis nomine aditus non fuisset.

26 Posset † ex his præterea in dubium etiam vocari, quod in principio ex aliorum sententia retulimus etiam eos, qui superiorem recognoscunt, modò jura Principum habeant, absque insinuatione donare. Cum plerique hoc tenentes jurisdictionem, qua hi præditi sunt, considerent, à nobis verò jam ostensum, jurisdictionem solam hoc non præstare, ne quis donationem insinuare teneatur: Atque insuper apparet, veteres Interpp. text. *in d. §. exceptis.* ad eos tantùm Principes restrinxisse, qui superiorem non recognoscunt. Sed cum conclusio ista etiam alia communiter approbata doctrina nitatur, quæ habet, Principem aut Comitem habentem Regalia, etiamsi superiorem recognoscat, in suo territorio eandem habere potestatem quam Imperator: in eo facilè acquiescimus, considerato præsertim statu Principum Germaniæ: modò non conclusio ista ad inferiores etiam dominos, qui Principum jura non habent, extendatur.

Cæterum quæ de donationis insinuatione hactenus firmata fuerunt, illa † etiam ad testamenta coram actis 27
condenda pertinent. Quemadmodum ad testamenta hanc doctrinam post Bald. & alios accommodat *Mantica de conject. ultim. volunt. libr. 6. tit. 1. numer. 39. & Capifer. tract. de numer. testium part. 1. in cap. 24.*

Secundum hæc itaque etiam in Testamentis concludimus, etsi hæc ab illis, quibus jurisdictio cum mero & mixto Imperio concessa est, confecta sint, non tamen pro iis, ac si coram actis condita sint, habenda esse neque valere, nisi ea intervenerint, quæ pro aliis actibus judicialibus exercendis acta solent repræsentare, per ea quæ paulò antè fuerunt adducta. De quibus cum sæpius in facto dubitatum neque tamen alibi satis explicatum invenerim, ideo pluribus agendum fuit.



ADDITIO

ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(a) R*imin.d.§.1.num.1338.* Adde *Cavallos commun. opin. quæst.222. num.13.* in quo ut ex allegatis apparet, delenda omninò est particula (non) aliàs falsò referret Odofred. Bartol. & reliquos. *Lambert. in Tract. de contr. cor. quib. vel à jure glos. 14. verb. cum auctoritate. num. 46.*

(b) *Rimin. d. §. 1. num. 1339. in noviss. edit. Lamberteng. d. tr. gl. 14. num. 45.*

QUÆSTIO X.

FIDEJUSSOR QUATENUS PRO RE ALIA AUT DIVERSA à PRINCIPALI obligatione intercedere possit: quatenus in leviorem aut duriorem causam, & quænam ea sit, latissimè explicatur: & an pro parte valeat, an in totum annulletur fidejussio, in duriorem causam facta, ad §. illud. l. Græcè. de fidejussor.

SUMMARIA.

1. *Fidejussor pro re alia, quàm in qua principalis obligatus est, intercedere non potest: ne quidem alternativè, etiamsi propterea melior ejus conditio fiat, num. 2. Quid si triticum promissum sit, fidejussor pecuniam spondeat, num. 3. Quid in obigationibus facti, num. 4. & in obligationibus dandi respectu secundariæ obligationis, numer. 5. Alia autem diversitas, modò eadem res subsit, non vitiat, num. 6. quin & pro minori summa intercedere potest. num 7. & in genere ubicunque levior fit ejus conditio, quod exemplis probatur ibi. Quid si reus Stichum aut decem, fidejussor simpliciter Stichum promiserit, num. 8. aut reus hominem in genere, fidejussor Stichum promittat? num. 9. Quid in diversitate temporis, numer. 10. in diversitate conditionum, num. 11. in diversitate loci, num. 12. in adjecto solutioni, num. 13. Generalis regula traditur, num. 14.*

15. *Fidejussor in duriorem causam, quam principalis, obligari non potest, & quæ sit causa durior, latissimè explicatur, num. 16. & an pro parte, an in totum vitietur, num. 18.*

17. *Fidejussoris obligatio principali simpliciter accedens, secundum omnes ejus conditiones & qualitates accepisse intelligitur.*

19. *Negativa postposita signo universali æquipollet suo contrario, vide num. 20.*

21. *Alciatus veteres libros falsò interdum jactat ex sententia Cuiacii.*

22. *Fidejussor interrogatus an intercedat pro X. quæ Titius debet, si respondeat pro XX. manet obligatus in X.*

23. *Constitutum & fidejussio quomodo differant.*

24. *L. rogatus. ff. Mandat. expenditur.*

25. *L. si ultra. C. de fidejuss. intellectus singularis præter Connan. & Cuiac.*

FIDE-

1 (a) Fidejussor pro re alia, quàm quæ in principalem obligationem est deducta, intercedere † non potest, *l. si ita. ff. de fidejuss.* (a) Ideò si is, qui Stichum stipulatus fuerat, fidejussorem ita acceperit, ut Stichum aut decem daret, vel pro eo, qui decem promiserat, fidejussor ita acceptus sit, ut decem aut Stichum daret non obligatur fidejussor, quia utroque casu præter rem à principali promissam aliam addiderat, & sic pro re diversa intercesserat: Et hoc voluit Jurisconsultus *in l. Græcè § illud. cum sequentib. ff. de fidejuss.* dum Marcellum notâsse ait, ideò his casibus fidejussorem non obligari, quia in aliam obligationem acceptus est, non quod obligatio ejus tanquam alternativa alia esset ab obligatione principali, juxta *l. inter stipulantem. §. si stipulante. de verborum obligat.* Non enim hæc diversitas vitiat fidejussionem, cum pro reo conjunctim obligato alternativè intercedere possit fidejussor, §. *Julianus, in fin.* vel pro reo alternativè obligato simpliciter, *l. hi qui accessionis, eo. tit.* Sed potiùs, quia addendo aliam rem, quæ in principalem obligationem deducta non fuit, in aliam obligationem acceptus videtur, ut rectè explicat *Connan. libr. 6. com. cap. 6. num. 6.*

Est enim, inquit, alia obligatio, propterea quod si nolit reus decem dare, aut non sit solvendo, appellatus fidejussor non poterit compelli decem præstare, sed aut hæc aut Stichum. At neque ad Stichum potest cogi, cum hic sit extra promissoris obligationem. Fidejussor verò, quà fidejussor, nihil aliud debet, quàm principalis ipse. Et hanc fuisse mentem Marcelli idem Conn: colligit ex responso ipsius *in l. si Stichum eo. tit.* ubi cum Stichum aut Pamphilum, utrum promissor voluisset, stipulatus fuerat, fidejussorem ita, Stichum aut Pamphilum, utrum fidejussor vellet, accipere non posse, respondet, addens rationem; quia futurum esset in fidejussoris potestate, alium velle, quàm reus voluisset. Ex his enim verbis apparet, eum potissimùm ad hoc respexisse, quod in fidejussoris obligatione alia fuerat addita res, quàm quæ in principalem obligationem deducta erat.

Usque † eò autem requiritur, ut eadem res sit in obligatione principali & accessoria, ut etiamsi melior fiat fidejussoris obligatio, non tamen propterea magis obligetur, ut docet Jurisconsultus *in d. l. Græcè §. si quis Stichum sibi.* quamvis eo casu non sit ejus conditio durior. 2

Sed † quæritur hoc loco, an si reus aliquot modios tritici promisisset fidejussor verò tantum pecuniæ, an fidejussio valeat? *Et Paul. de Castro, in d. l. si ita fidejussorem*, valere existimavit motus ratione, qua utitur Jurisconsultus ibid. Nam cum dicat, ideò pro reo decem promittente, fidejussorem triticum promittere non posse, quia non ut æstimatio rerum, quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda est. Inde à contrario sensu infert in casu converso, quando pro tritico pecunia promittitur, quia istud pecunia æstimari solet non pro eo habēdum, ac si pro re alia accessisset fidejussor, & propterea obligatum eum esse. *Bartol. aut & Immol.* contrà tenent, quorum opinio videtur verior. Quantumvis enim triticum pecunia æstimari soleat, re tamen ipsa verum nihilominùs est, aliud esse triticum ipsum, aliud pecuniam, *l. tantum. 88 de verb. signif.* & præterea durior videtur esse causa fidejussoris, qui ad certam pecuniæ summam obstrictus est, cum interim valor tritici minui possit. Nec obstat ratio à Jurisconsulto adducta. Non enim hac solùm utitur, sed & illa, quod in aliam rem, quàm quę credita est, fidejussor obligari non potest. Licet igitur una cesset, quia tamen nihilominùs altera subest, locus erit huic 3

huic responso, *per not. in §. affinitatis. Instit. de nupt.* Neque refert, quod *Paul. de Castro* præterea considerat, in obligationibus dandi ad æstimationem quandoque deveniri, ut *l. vinum. si cert. petat.* ad hunc casum opinionem suam quodammodo restringens. Nam cum etiam tùm integrum nihilominùs sit reo, ut rem ipsam præstando evitet æstimationem, quod fidejussori pecuniam promittenti permissum non esset, hoc ipso durior videtur ejus conditio.

4 In † obligationibus facti tamen, in quibus id, quod interest, succedere solet, fidejussorem pro eo quod intercedere posse, licet reus factum promiserit, existimat *Bartol. & Immol. in l. stipulatus es. 44. ff. de fidejuss.* (b) sed hoc ita demum verum erit, ut fidejussor in eum demum casum, quando ipse principalis non impleto facto ad id quod interest, tenetur, conveniri possit, non autem ut quamdiu factum à reo præstari potest, atque ita stipulatio nondum commissa est, fidejussor mox ad Interesse teneatur: nam hoc etiam casu aliud quàm reus promisisse, vel saltem in duriorem casum intercessisse videretur.

5 Eodem † modo in obligationibus dandi respectu secundariæ obligationis admitti potest ita fidejubens, ut in obligationibus facti diximus, ut propterea inter has obligationes nulla videatur constituenda differentia.

6 Quando † autem pro eadem re, quam reus promisit, fidejussor intercedit, tùm nihil refert, utrum inter hujus & illius obligationem in cæteris qualitibus aliqua interveniat diversitas, modò non in duriorem, sed in leviorem causam accipiatur fidejussor.

7 Ideò † pro reo, qui decem promisit, fidejussor in quinque rectè accipietur, *d. l. Græcè. post princip.* Nam & in partem pecuniæ rectè accipitur fidejussor, *l. 1. fidejussores. h. t.* Item reo accepto purè, ipse fidejussor ex die vel sub conditione accipi potest, §. *item accepto. d. l. Græcè.* Sic pro reo, qui Stichum & Pamphilum conjunctim debet, fidejussor alternativè Stichum aut Pamphilum promittere potest, quia levior est ejus conditio. Is etiam, qui hominem ad decem, utrum ipse stipulator volet, stipulatus est, rectè fidejussorem ita accipiet decem aut hominem utrum, dare volet.

Fit enim electionis habitâ ratione conditio fidejussoris melior. Item † si quis à reo Stichum aut Pamphilum, à fidejussore verò Stichum stipuletur, rectè obligabitur fidejussor. Nam etsi hoc casu propter sublatam electionem durior videatur fidejussoris obligatio: Quia tamen mortuo Sticho liberari potest, reo obligato manente, hoc respectu melior videtur esse fidejussoris conditio, *d. l. hi qui in fin.* Unde colligitur Jurisconsultos in definiendo, utrum melior dicatur conditio fidejussoris, potiorem ejus, quod mortua re promissa liberari potest fidejussor, rationem duxisse, quàm electionis. Et hæc quidem ratio verbis Jurisconsulti longè magis est consentanea, quàm quod Bartolus existimat, ideò in illa specie leviorem causam fidejussoris censeri, quia licet fidejussor simpliciter Stichum promiserit, nihilominùs tamen ex natura principalis obligationis, cui accessit, Pamphilium solvendo liberare se possit, atque adeò electionem perinde ut principalis habeat, inde concludens, quod si expressè hoc actum esset, ne solvendo Pamphilum liberetur, fidejussorem tanquam in aliam obligationem, & propter ademptam electionem in duriorem causam acceptum non obligari. Nam quod aliam obligationem considerat, facilè convellitur ex his, quæ de conjuncta principalis & alternativa fidejussoris & aliis id genus paulò antè diximus. Quod verò duriorem causam urget, ipsa verba Jurisconsulti refutant, quæ satis

satis declarant, sublatam quidem esse hoc casu electionem, quia tamen morte Stichi liberari potest, meliorem nihilominus ejus conditionem videri. Non itaque existimandum est, in hoc casu fidejussori electionem competiisse, repugnantibus ipsis Jurisconsulti verbis, sublatam electionem esse dicentis. Quinimò si hoc daremus, ne morte quidem Stichi liberari posset fidejussor, quod tamen Jurisconsultus dilucidè asserit. Non igitur à Jurisconsulti ratione à Bartol. non satis considerata recedendum.

9 Ex † qua infertur, idem obtinere, siquidem reo hominem in genere promittente fidejussor certum in specie promitteret. Nam etsi hoc etiam casu fidejussor electionem non perinde ut principalis habeat, quia tamen morte hominis speciatim promissi liberari potest, levior ejus conditio existimanda, & per consequens pro obligato habendus esset. (c)

(c) Hinc etiam rectè arguitur, si reo X. aut Pamph. promittente, fidejussor X. promisisset, eum tanquam in duriorem causam acceptum non obligari. Non solùm enim electionem amittit, sed neque etiam interitu rei promissæ liberari potest, atque adò cessat ratio à Jurisconsulto considerata.

Quemadmodum autem in hactenus consideratis speciebus diversitas non vitiat, modò durior non fiat fidejussoris conditio, ita nec etiam quæ in

10 tempore † subest diversitas, obligationem impedit. Nam reo breviori die solutionem promittente, fidejussor in longiorem promittere potest. Sic si rei stipulatio in diem concepta sit, fidejussor sub conditione accipi poterit. Hoc tamen casu aliter non obligatur, quàm si dies & conditio concurrerit, vel etiam diem conditio secuta fuerit, ne si ante diem conditio impleta fuerit, durior ejus reddatur conditio. In pendenti igitur erit ejus obligatio, & ex eo quemadmodum tempore evenientis conditionis, quo primùm efficaciter incipit obligari, res sese habet, utrum durior vel melior sit ejus conditio, atque inde an obligetur nec ne, dijudicandum, *l. fidejussor obligari.* §. *pen. h. t.*

Idem † contingit, si sub diversis 11 conditionibus reus & fidejussor promiserunt.

Nam tùm si prior extiterit conditio reo injuncta, fidejussor etiam suâ existente conditione rectè tenebitur, perinde ac si statim ab initio reus purè, fidejussor sub conditione acceptus esset, §. *sub diversis.l.si à reo, eo.tit.* Sic si reus sub una conditione promisisset, fidejussor & in hanc & in aliam conditionem rectè accipietur. Nisi enim utraque extiterit, non tenebitur. Quod si reo ex una tantùm conditione promittente, fidejussor sub eadem & alia addita disjunctim acceptus esset, licet durior videatur ejus conditio, cum sive illa, quæ tàm reo quàm fidejussori communis est, condititio extiterit, sive altera, teneatur fidejussor, reus verò non aliter, quàm si communis extiterit conditio. Quia tamen propter conditiones adjectas in pendenti est, ideò ut jam diximus, utrum causa ejus durior vel melior sit, tum demum considerari solet, quando veniente conditione cum effectu obligari incipit. Ideò si priùs extiterit conditio, quæ utrique communis est, rectè obligabitur, *d.l.si à reo in pr.*

Sic etiam † diversitas loci toleratur, si non durior efficiatur fidejussoris causa. Nam si reus certo loco se daturum promisisset, fidejussor verò purè acceptus esset, ex hoc quod quovis in loco solvere posset, melior ejus conditio reputabitur, & propterea rectè obligabitur, *l.fidejussor obligari.§.1.à contrario sensu. eo.tit.* Neque enim existimandum est, fidejussorem hoc casu statim conveniri posse, cum reo tantum temporis spacium, quoad locum præfinitum pervenire possit, indulgea- 12

tur, & propterea duriorem esse fidejussoris causam, cum fidejussoris obligatio ex persona rei hanc etiam tacitam conditionem recipiat, ne conveniri possit, priusquam reus ad locum solutioni destinatum pervenerit, §. *fin. l. si Testamento. eo. tit.*

13 Solet † præterea etiam in persona ejus, qui solutionis tantùm causa adiicitur, diversitas inter principalis & fidejussoris obligationem admitti, quando hujus causa nõ fit deterior. Ut si reus mihi promisisset, fidejussor verò mihi aut Titio, hujus vel hac de causa, quod Titio solvere posset, melior haberetur conditio, atque ex hoc obligatus esset, *l. hi qui accessionis. in pr. l. fidejussor obligari. in pr. eo.*

14 Ex † quibus denique omnibus, ut in pauca omnia hactenus dicta conferamus, primò manifestum est, inter rei principalis & fidejussoris obligationem non illam requiri æqualitatem, quam inter stipulantis interrogationem & responsionem promittentis jura exigunt, sed omnem tolerari inæqualitatem vel diversitatem modò in re deducta in obligationem conveniant, & non durior reddatur conditio fidejussoris.

Deinde hoc etiam apparet, fidejussorem, modò pro eadem re intercedat, semper in causam leviorem intervenire posse, eamque causam vario respectu leviorem censeri, utputa ratione minoris quantitatis, temporis, electionis, ratione interitus rei promissæ, conditionis, loci & personæ adjectæ, quemadmodum exempla enumerata sigillatim declarant.

15 In duriorem † verò causam fidejussor accipi non potest, §. *illud. d. l. Gracè.* Nam cum fidejussorum obligatio accessoria sit, plus in accessione esse non potest, quàm in principali, §. (d) *fidejussoris. Instit. eo.* (d) id quod adeò verum esse putat *Bartol. in d. l. hi qui accessionis.* ut etiamsi ad fidejussorem negocium principaliter spectet, atque is in rei veritate principalis sit, si tamen interponendo alium reum principalem pro eo in plus fidejussisset, quàm principalis promisisset, non obligaretur: quoniam hîc non tàm effectum rei, quàm ipsam fidejussionis formam consideramus, ad quam etiam hoc, ne in plus obligetur, pertinet, idque sequuntur *Immol. & Paul. de Castro, ibi.*

Durior † autem fidejussoris causa non inde existimabitur, quod efficacius & fortius obligetur. (e) (e)

Nam pro eo, qui naturaliter vel civiliter tantùm obligatus est, fidejussor intercedens tàm civiliter quàm naturaliter obligatur, *l. 1. ubi not. l. fidejussor obligari. § fidejussor accipi. l. Marcellus. hoc tit.* Ex quo colligunt *Bartol. num. 11. & Dd. in l. hi qui accessionis.* principali simpliciter obligato fidejussorem Instrumento paratam executionem ex Statuto habente obligari posse, quod sequuntur *Fab. & Angel. in §. fidejussores. Instit. eod.*

Sic etiam fidejussor cum hypotheca vel fidejussore in suam obligationem dato obligari potest, reo simpliciter promittente, *l. Gracè. §. fin. l. Paulus respondit. h. t. l. cum quis. in fin. de solut.* Item juramento addito firmiorem suam obligationem rectè efficiet, *ut post Fab. in d. §. fidejussores. plerique senserunt. & not. Gomel. in var. resol. tit. de fidejussor.*

Quinimò illum pœna etiam adjecta suam obligationem magis confirmare posse, existimavit *Bartol. in d. l. hi qui. num. 12. post glos. in l. sicut in fin. eo. tit.* modò pœna non pro ipsius rei, sed propria fidejussoris mora addita sit, *Bartol. ibi. quem seqq. alii*, quos refert *Hippolyt. de fidejuss. nu. 291.* (f) (f)

Extra casus verò illos, quibus efficacius tantùm obligatur, fidejussor, ejus conditio iisdem pœnè illis respe-

respectibus in contrarium consideratis, quibus leviorem censeri in præcedentibus diximus, durior atque ex hoc non obligatus existimari solet. Nam si pro majore quantitate intercederet, quàm reus promisisset, non obligaretur, §. *fidejussores. Inst. eod.* Sic & tempore potest durior fieri ejus conditio, quoties priùs quàm reus obligatur, sive id propter diem sive conditionem adjectam contingeret. Plus enim est, statim aliquid dare, quàm post tempus, *d.* §. *fidejussores.* ut si reo ex die vel in diem vel sub conditione obligato, fidejussor purè fidem suam interponat, *l. fidejussor obligari.* §. *1. eo.* vel ob stipulationem in diem conceptam fidejussor sub conditione accipiatur, & conditio ante diei adventum existat, §. *stipulatione. d. l. fidejussor obligari.* vel quando reus sub conditione una veluti, si navis ex Asia venerit, fidejussor verò sub alia diversa, ut si Titius Consul factus fuerit, accessisset, & ejus conditio prior extitisset, §. *1. l. si à reo.* vel quando reus sub una tantùm conditione, ut si Titius Consul factus fuerit, fidejussor sub eadem, aut si navis ex Asia venerit, obligatus fuerit, & hæc posterior, quæ ei cum reo communis non fuit, prior evenisset, *d. l. si à reo. in princ.* in omnibus enim hisce casibus fidejussor ante reum obligaretur, & cum hoc ipso durior ejus fiat conditio, rectè acceptus non est. Estque circa hoc quod de conditione fidejussoris prius existente diximus notatu dignum, Jurisconsultos tùm demum ejusmodi fidejussionem propter duriorem causam improbare, quando conditione ejus prius eveniente cum effectu obligari incipit, & propterea interim obligationem ejus in pendenti esse, ut ait Jurisconsultus *in d.* §. *stipulatione l. fidejussor.*

Hinc enim rectè colligitur, in dijudicando utrum gravior sit causa fidejussoris, non tàm intercessionis tempus, quàm illud, quo efficaciter obligari incipit, spectandum, & hanc potissimùm causam esse, cur in casu *d. l. si à reo in pr.* propterea quia durior videbatur conditio, non statim ab initio intercessionis fidejussoris obligatio irrita fiat, sive (ut loquitur Jurisconsultus) nullo modo teneatur fidejussor, sed alterutrius conditionis eventus expectetur. Observandum præterea, quod Jurisconsultus *in d. l. si à reo.* satis clarè innuit, eo casu, quo ut dictum est, non illa conditio, quæ utrique communis, sed sola fidejussoris fuit, prius existit, propter duriorem conditionem nullo modo teneri fidejussorem, neque adeo expectandum esse eventum communis conditionis. Hoc enim ad intellectum, § *illud.* de quo infrà dicturi sumus, plurimùm conferet. Durior etiam dicitur causa fidejussoris ratione electionis, ut si is, qui hominem aut decem dari stipulatus fuerat, fidejussorem ita acceperit, hominem aut decem, utrum stipulator velit, §. *idem l. Græcè. h. t.* Sic & locus facit, ut durior fiat fidejussoris obligatio, ut si reum purè interrogavero, & fidejussorem cum adjectione loci accepero, non obligabitur fidejussor. Nullo enim alio loco, quàm in quem promiserit, solvere invito stipulatore potest, vel si Reus Romæ constitutus Capuæ dare promiserit, fidejussor verò Ephesi, atque adeò loco remotiori, §. *qui certo loco. l. fidejussor.* Quin etsi propinquiore loco fidejussor dare promisisset, tamen ejus conditio durior existimaretur, cum ante reum conveniri posset, *d.* §. *quæsitum. in fin. l. si Testamento. 49. & post gl. in d.* §. *qui certo loco. docet Bartol. in d. l. hi qui num. 10.* Etsi enim illius temporis dilationem, quam loci expressio secum affert, non solùm in persona rei, sed & fidejussoris considerandam esse velit, Jurisconsultus *in d.* §. *quæsitum,* id tamen tùm demum locum habet, quando uterque eundem solutioni locum destinavit, & de eo tantùm agitur, an si reus ad locum illum pervenerit, fide-

jussor alibi existens, conveniri possit, ad quam speciem text: etiam restringunt *Bartol. & Imol. in l. fidejussor. obligari, §.1. eod.* Hoc enim casu rectè fidejussoris obligatio conditionem taciti temporis ex utriusque persona recipit: secus verò quando ipsemet alium locum expressit.

Nam hoc ipso à dilatione temporis, quàm locus à reo additus requirit, recessisse & non minùs in duriorem causam acceptus videtur, quàm si reo in diem obligato is purè promisisset. Ex quo porrò colligitur, juris interpretatione plus incommodi allatum videri fidejussori ex eo, quod ante reum conveniri potest, quàm percipiat commodi ex loci propinquitate. Sed quid si diversus locus à fidejussore solutioni destinatus æquè propinquus esset, atque locus rei, an & tum vitiatur obligatio? Et dubitationem movet, quod tam itineris quàm etiam prioris conventionis incommoditas cessare videtur, qua ratione ducti obligationem hanc valere putârunt *Angel. & Paul. de Castro, in l. fidejussor. §.1. sed Joan. de Immol. ibi post Bartol. in l. hi qui accessionis, numer. 10* contra existimat, neque hoc casu obligationem fidejussoris subsistere considerans propter difficultatem solutionis, quæ secundum locorum diversitatem variare solet, duriorem nihilominùs posse effici conditionem fidejussoris. Sed magis hanc sententiam confirmat, quoniam diverso præfinito loco, fidejussor non pariter cum principali obligato obligaretur, sed quam primùm ad suum locum perveniret, conveniri posset, licet reus suum nondum attigisset, quod neutiquam jura admittere solent, ut apparet ex *d. §. quæsitum.*

Et prætereà hic notatu dignum, ut ex loci diversitate durior fiat fidejussoris causa, non considerandum esse locum, in quo fit promissio, sed tantummodò eum locum, in quem destinata est solutio, ideò licet fidejussor & reus in diversis locis constituti promitterent, si tamen in eundem locum solutionem conferrent, non proptereà vitiaretur fidejussoris obligatio, quantumvis in remotiore loco is constitutus esset, ut per textum *in d. §. quæsitum.* docet *Bartol. in d. l. hi qui & Joan. de Immol. in d. l. fidejussor. §.1.* Solet prætereà ratione personæ adjectæ deterior fieri causa fidejussoris, ut si à reo mihi aut Titio stipulatus sim, à fidejussore verò mihi tantùm *d. l. hi qui accessionis.* Denique durior fidejussoris causa fieri potest ratione exceptionis ex persona rei sibi competentis, siquidem ille huic renunciaverit, reus verò non, ut docet *Bartol. in d. l. hi qui accessionis.* id declarans, aliter se habere in exceptione fidejussori ex propria persona competente. In his igitur casibus & aliis speciebus suprà enumeratis, si instar horum convertantur, fidejussor, quia durior causa ejus efficitur, non obligatur, ut apparet ex juribus citatis.

Quod tamen † ita intelligendum, si id, quod deteriorem ejus conditionem facit, disertè exprimatur, ut si reo in diem promittente fidejussor expressè pure intercedat. Nam alioqui si accederet simpliciter, secundum omnes qualitates principalis obligationis intervenisse videretur, *l. si ut proponitur eo. Paris. consil. 164. numer. 20. volum. quarta.* 17

Ideoque si pro servo intercesserit, cum is naturaliter in solidum teneatur, etsi nihil in peculio sit, fidejussor in solidum obligatur: Sin autem pro domino, qui de peculio teneatur, fidejubebat, duntaxat quatenus in peculio est tempore judicati, devinctus est, *l. cum fidejubebat eod.*

Sed † hoc loco incidit dubitatio, an quando in duriorem causam accedit fidejussor, omninò non obligetur, an verò remoto eo, quod duriorem 18

causam

causam efficit, ad metam principalis redigatur ejus obligatio, ut eatenus, quatenus ille teneatur? Et communiter existimatum est, eum omninò non teneri, *Bartol.& Dd.in d.* §. *illud.* & plerique *in d.* § *fidejussores.Inst.eod.* (g)

Idque ad eas species quod attinet, in quibus durior fidejussoris causa obligationem rei tanquam partem non continet, neque ab ea seperari commodè potest, extra controversiam positum est, ut si pro reo in diem vel sub conditione obligato fidejussor purè intercederet, cum tempus præsens obligationi fidejussoris cohærens, futurum comprehendere nequeat, ut per ea quæ not. *Dd.in* § *prætereà inutilis. Instit.de inutil.* declarat *Cantiunc.d.* §. *fidejussores.*

Sic nec diversus locus à fidejussore solutioni destinatus, locum, in quem reus promisit, comprehendere potest. Sed an idem etiam obtineat in quantitate, ut si reo X. promittente, fidejussor pro XX. intercederet, difficultate non caret. Plerique enim Interpretes idem hoc etiam casu concludunt, videlicet fidejussorem, ne pro decem quidem obligatum esse. Moti potissimùm, quod JCtus *in d.* §. *illud.* generaliter respondet, in duriorem causam adhibitos omninò non obligari.

19 Est † enim harum dictionum proprietas, ut negativa postposita signo universali æquipolleat suo contrario, ut tradunt Dialectici, & probatur *l. legitimos.* §. *1. de legit. tut. l. in bello.* §. *1. de captiv. & postlim. l. 3.* §. *1. in fin. de admin. tut. l. 4.* §. *1. rem pup. sal. fore.* & addunt prætereà rationem, quia in fidejussoris accessione pro forma videtur requiri, ne in duriorem causam intercedat. Et quod consequens est, forma hæc divisionem non recipit, *Bald. in l. testamentum. C. de testam. & in l. certi condictio. quoniam. col 3. si cert. pet. Tiraq. de retr.* §. *4. glos. 6. num. 31. & glos. 7. num. 7.*

Hanc etiam causam esse putant, cur in fidejussionis accessione aliud receptum sit, quàm in ipsa stipulatione, quæ etsi æqualitatem inter responsionem & interrogationem desideret, tamen si stipulanti mihi X. tu XX. respondeas in X. obligatio contracta est. Licet enim congruere summam oporteat, attamen manifestum est in XX. X. inesse, ut ait Jurisconsultus *in l. 1.* §. *si stipulanti. de verbor. obligat.* Quia verò huic conclusioni etiamnum obstare videntur text. *in l. rogatus ff. mand. & l. si ultra C. de fidejuss.* ideo illos ad mandatorem tantummodò restringunt, sicuti etiam rem aliter se habere putant in constituente, *l. hactenus* §. *1 de const. pec.* Contra v. alij repudiata hac sententia, fidejussorem pro majore summa intercedentem in minore, quæ cum rei promissione congruit, rectè obligari arbitrantur, ut post Petrum sensit *Dec. in l. in eo quod plus. de reg. jur. Alciat. libr. 5. parerg. c. 17. Molin. in addit. ad Decium d. l. & in l. 1.* §. *sed si mihi. num. 29. 30. & seq. Bellion. in d.* §. *fidejussores. ubi etiam Cantiunc. Anton. Gomes. in variar. resol. tit. de fid. num. 40.* Et hanc quidem communem recentiorum opinionem esse affirmare non dubitavit *Gutierius de contract. jur. cap. 22.* eamque hodie in praxi observari testatur *Molin. in addit. ad Alex. cons. 29. in fin. volum. 7.* (h)

Adducunt pro hac sententia inprimis id, quod de stipulatione jam dictum est. Nam in hac etiam paritas responsionis & interrogationis non minùs pro forma requiritur, quàm in fidejussione, ne duriorem causam recipiat, & tamen inæqualitate in summis interveniente, in minore, in qua responsio convenit cum interrogatione, illa valet. Idem ergò in fidejussione dicendum, cum præsertim inter has tanta sit cognatio, ut fidejussio sine stipulatione ne contrahi quidem possit. Deinde urgent id, quod de constituente respondet JCtus *in d. l. hactenus. junct.*

 §. *illud.*

§.*illud.* Nam cùm hoc, ne in duriorem detur, commune esse in universis, qui pro aliis obligantur, *in d* §. *illud.* dicat Jurisconsultus, & constituens non minùs pro alio quàm fidejussor obligari censeatur, & tamen majorem summam constituens non omninò non obligatur, sed in minore summa saltem teneatur, non videtur inter ipsum & fidejussorem ulla esse constituenda differentia. Sed in hoc idem, quod in illo concludendum, ut quemadmodum verba JCti dicentis in duriorem causam adhibitum omninò non obligari, ad constituentem quod attinet, hanc habeant sententiam, ut nihilominùs in minore summa obligetur, Sic etiam de fidejussore ita accipi debeant, ut pro majore summa intercedens in minore saltem teneatur. Alioqui enim id, quod ibi respondetur non universis, quod tamen voluit JCtus, conveniret, sed totum falsum esset.

Nam universalis oratio, quando in uno vitiatur, in toto falsa est, *l. si is qui 200.* §. *utrum de reb. dub.* Tertiò adducunt id, quod de mandatore habetur *in d. l. rogatus. & in d. l si ultra.* Ab illo ad fidejussorem eodem modo arguendo, quemadmodum de constituente diximus. Denique afferunt vulgatum illud, quod utile per inutile in dividuis qualis summa est, non vitiari perhibetur. Ad id verò, quod *in d* §. *illud,* JCtus ait, fidejussorem in duriorem causam adhibitum omnimodò non obligari, non uno modo respondent. Alii enim concedentes hanc esse proprietatem horum verborum, ut omnem penitùs obligationem excludant, ad emendationis auxilium confugiunt, & pro omnimodò non, legunt: non omninò, ut planè sensus contrarius eliciatur. Deinde eum quidem omninò non obligari in toto, sed eatenus tantùm, quatenus cum principali convenit. Idque ausus fuit primus *Holoan. in edit. Noric.* quem sequitur *Alciat. d. cap. 17. lib. 5. parerg.* asserens, se in antiquissimo exemplari ita scriptum habere. Eisdem adstipulatur *Cantiunc. d.* §. *fidejussores. & Molin. in addit. ad Alex. & De. loc. sup. dict. & Gilb. reg. lib. 2. caus. c. 20.* Alii communem lectionem retinentes auctore *Laur. Vall. libr. 1. Dial. c. 26.* non admittunt, ullam esse differentiam in eo constituendam, utrum negativa post vel anteponatur dictioni universali, sed † eam quocunque collocetur loco, ex subjecta materia tamen ita intelligendam esse, ut modò omnia, modò quædam tantùm abneget, ut *in l. si servus.* §. *si plurium si quis caut. & in* §. *si plurium in l. de pup. ubi Bartol & Jason. numer. 4. hoc not. de oper. nov. nunc. Bart. in l. si necessarias* §. *si annua. de pign. act. & in extr. vag. qui sint rebell glos. 2.* Hinc enim inferunt, quod etsi in proposito negatio signo universali postponatur, non tamen rectè inde colligi possit, quasi fidejussor omninò non obligetur, sed ex subjecta materia hunc sensum recipiat, quod aliqua saltem ex parte teneatur non minùs, ac si negatio præposita esset. Hoc opinatus fuit *Alciat. d. c. 17. lib. 5. parerg. & tuetur Molin. in d.* § *sed si mihi. nu. 33.* (i) Qui propterea insectatur Zas. quod in intell. singul. 3. ex consideratione, utrum negativa ante vel postponatur, per Dialecticorum argutias nimis infeliciter convellere nisus est communem interpretationem, *d.* §. *si plurium.* addens, non esse verisimile, JCtos ad regulas Dialecticas, quæ post ipsos demum natæ & receptæ essent, respexisse, & iis tanquam compedibus sese constrinxisse, cum potiùs sæpiùs protestentur, se non semper propriis uti vocabulis, *l. non aliter.* § *1. de leg. 3 l. cum de Labeonis.* §. *asinam. de fund. instr. & instr. leg. l. 3. l. Labeo. de sup. leg. l si tibi. de lib. leg.* Idem quod nulla in collocatione negativæ constituenda sit differentia, licet interim communem defendat opinionem, sensit *Connan. lib. 6. com. c. 6. num. 8.* 20 (i)

Quin etsi admitteretur ista differentia, & secundum illam hoc diceret Jurisconsultus, fidejussorem planè non obligari, respondent tamen, id non

non ita accipiendum esse, quasi fidejussor etiam in eo, quatenus congruit principali obligationi non teneatur, sed ad id tantùm, quod duriorem causam efficit, referendũ esse, ut in eo quatenus durior est ejus obligatio, omninò non valeat, cum præsertim JCtus hæc verba proferendo ad ipsam duriorem causam respectum habeat. Ita respondet *Dec. in d. l. in eo quod plus.* & post eum non laudatum, *Molin. in d. §. sed si mihi.*

Sed etsi hæc quidem speciosè dicuntur, apud me tamen tanti non sunt, ut propterea à communi sententia recedendum existimem. In hanc enim me vocat idipsum, de quo jam verba fecimus, responsum JCti *in d. §. illud.* quod ut præclusis subterfugiis magis probet, firmiter tenendum, JCtum universalem voluisse tradere regulam, quæ omnib. speciebus in quib. durior reddatur causa fidejussoris, conveniat, quemadmodum ipsa verba manifestè declarant, & nemo inficias ibit. Ut igitur mentẽ ipsius rectius assequamur, considerandum, quid generaliter in specieb. illis, in quibus gravior est fidejussoris conditio, receptum sit. Et certè apud omnes in confesso est, in omnibus cæteris, quantitate tantùm, de qua jam controvertitur, excepta, vel saltem in plerisque fidejussorem in duriorem causam adhibitum planè non obligari, idque confirmari potest inductione specierum suprà enumeratarum in quibus JCti respondent non obligari fidejussorem. Consequens igitur omninò est, ut etiam hæc verba JCti secundum communem hanc specierum generali regulæ subjectarum naturam ita accipiantur, ut fidejussorem in his casibus nullo omninò modò obligari voluerit. Cum alioqui regula generalis ab eo tradita consistere nullo modo, neque vera esse possit. Quo stante, ut certè labefactari nullo modo potest, manifestum fit, Holand. Nullam satis justam causam habuisse, cur loco horum verborum: omnimodò non reposuerit: non omninò. Nam secundum hanc lectionẽ JCtus non id expressisset, quod commune esset omnib. fidejussoribus in duriorem causam acceptis, sed uni duntaxat speciei, quando de quantitate agitur conveniret: Cum tamen ex verbis JCti in aperto sit, eum communem & generalem regulam præscribere voluisse. Quam igitur aliena à mente JCti sit hæc Holoandi lectio, cuilibet apparet, ut eam laudem, quam ipsi ob restitutionem hujus loci tribuunt *Cantiunc. d. l. & Molin. in addit. Dec. & Alex.* meritus non videatur, sed rectius idem Molinæus sibi contrarius *in d. §. sed si mihi. n. 38.* illam rejecerit. Neque est quod quenquam moveat auctoritas Alciati asserentis, se in antiquis libris ita scriptum reperisse.

21 Nam cum securum posteritatis sæpius usurpasse † auctoritatem antiqui libri, qualem nunquam viderat, & falsò etiam usum esse auctoritate *Pandect. Florent. not. Cujac. in l. si sic stipulatus sim. 132. de verbor. obligat.* Hinc etiam apparet, verba illa (omnimodò non) secundum propriam ipsorum significationem ita accipienda esse, ut omnem penitùs obligationem excludant. Etsi enim non negemus, illa quandoque secundum subjectam materiam alium sensum recipere: Neque etiam JCtos proprietati verborum ita adstrictos esse, ut non liberius aliquando loqui liceat: Hoc tamen interim nobis utdetur necesse est, horum verborum, nisi res de qua agitur, aliud exigat, proprietatem esse, ut penitùs & in totum negent, ut fatetur ipse Molin. Tantum autem abest, ut in proposito materia subjecta aliam interpretationem requirat, ut potiùs propriam hanc significationem maximoperè postulet. Frustra ergò Molin. subjectam materiam & verborum proprietatem considerat; neque ullam probabilem causam affert, cur ab eorum proprietate recedat. Ex hac nostra interpretatione evidens etiam est, text:

rior removetur expectato communis eventu, (quod utique fieret, si durior causa à leviore separanda esset) sed ut, inquit Jurisconsultus, nullo modo obligatur, atque ita ob duriorem causam penitùs in irritum vocatur ejus obligatio. Quod etiam in sequenti §. dilucidè probatur, ubi Jurisconsultus in casu, quo sub diversa conditione intercesserat fidejussor, respondet, si ejus conditio prior extiterit, cum non teneri perinde, ac si statim ab initio purè acceptus esset, reo sub conditione obligato, quo casu certum est, fidejussorem omninò non obligari. Estque circa hanc facti speciem, de qua *in princip. d. l. si à reo.* agitur, notandum, id quod duriorem causam fidejussoris reddit, ejus generis esse, ut ab eo, in quo cum principali obligatione convenit, separari facilè possit: Nam si reo sub una conditione promittente, fidejussor sub hac & alia disjunctivè intercedit, quid quæso impedit, quò minùs altera conditio, quæ fidejussoris propria est, & disjunctivè addita fuit, removeatur tanquam durior.

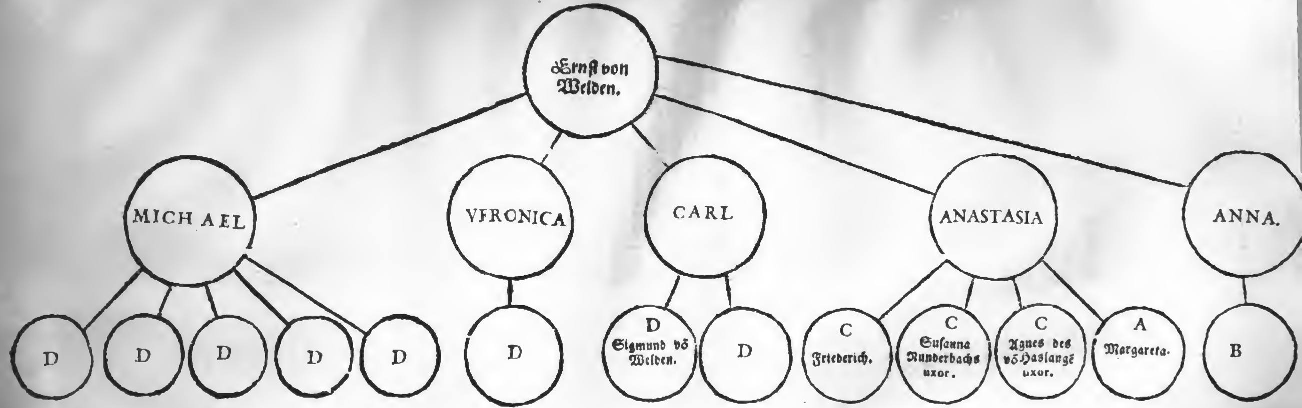
Cum autem hac separabili ejus natura non considerata, nihilominus perimatur prorsus fidejussoris obligatio, utique palam fit in proposito ejus, utrum id quod duriorem causam efficit, separari possit nec ne, nullam ducendam rationem. Et quod consequens in quantitate idem, quod in reliquis speciebus concludendum. Pertinet huc quod Imper. *in §. fidejussores. Instit. eod.* postquam generalem tradiderat regulam, fidejussorem in plus obligari non posse, deinde subjungit, non solùm in quantitate, sed etiam in tempore plus intelligi. Nam hoc ipso satis innuit inter quantitatē & tempus non distinguendum, sed utrumque casum sub generali regula eodem sensu comprehensum esse.

Suffragatur denique huic sententiæ ratio ab Interpp. communiter considerata, videlicet ideò fidejussorem pro majore quantitate intercedentem ne in minore quidem obligatum esse, quia de forma intercessionis requiritur, ne in duriorem causam accipiatur. Forma autem divisionem non recipit. Et licet Molin. hanc rationem impugnet, negans hanc formam esse, illam tamen non penitus inanem ostendunt verba, *l. si testamento. §. fin. eod. tit.* ubi fidejussorem in duriorem causam acceptum contra juris formam adhibitum esse respondetur. Sed difficultas omnis in eo est, quemadmodum satisfiat illis argumentis, quibus nituntur contrarium tuentes. Et ad id quidem, quod de stipulatione traditum est, Interpp. rationem diversitatis inter fidejussionem & stipulationem reddere volentes, alii aliter respondent *in d. §. sed si mihi.* Sed cum considerationes eorum leviores sint, quàm ut omnem scrupulum eximant, ideò illas recensere libenter supersedemus. Vera autem ejus hæc videtur esse ratio, quoniam licet in stipulatione pro forma requiratur, ut interrogatio æqualis sit responsioni, quia tamen tàm interrogatio, quàm responsio ita se mutuò respiciunt & cohærent, ut altera sine altera nihil præstare, neque etiam stipulationem conficere possit, meritò utrum forma hæc observata sit, non alterutrum tantùm, sed tàm interrogatio quàm responsio consideratur. Et cum utrunq; in minori summa conveniat, forma in omnibus ad stipulationem requisitis partibus, atque adeò in ipsa stipulatione observata censetur, & quod consequens est, jure consistit. At fidejussio, etsi tanquam accessoria à principali obligatione dependeat: Quia tamen in se considerata actus penitùs diversus & separatus est à stipulatione, & propriam formam qua in esse deducatur, habet, utiq; hæc non ita cum principali obligatione conjungi poterit, ut si habito respectu ad principalem obligationem in minore

summa

ſumma conveniat, forma ejus obſervata videatur, quemadmodum interrogatione & reſponſione ſtipulationem conſtituentibus contingit, ſed potius propria fidejuſſoris forma à principali ſtipulatione ſeparata per ſe conſideratur, & cum duriore antecedente cauſa illa non obſervetur, ex hoc meritò ipſa fidejuſſio penitus corruit; vel ut clarius dicamus, interrogatio & reſponſio unum & eundem ſtipulationis contractum conſtituunt tanquam partes, non igitur mirum, cur ut ſatisfiat formæ, altera ex altera interpretationem recipiat ad ſuſtentandum contractum. At ipſa fidejuſſoris acceſſio non eſt pars principalis obligationis, ſed actus peculiaris propriam formam habens, in qua ſi id quod neglectum eſt ex præcedente principali obligatione ſuppleri, & ad ſuam normam reduci deberet, ſequeretur formam illius contractus ex altero perfectionem recipere: quod tamen neq; ullo jure cautum, neque etiam rationi ſatis conſentaneum eſt, ſed ipſa naturali ratione ſuadente cujuslibet actus forma per ſe conſideranda. Unde non incommodè dici poſſet, ſi reo decẽ promittente & creditore fidejuſſorem, num pro iis decem intercedere vellet, interrogante, fideiuſſor reſponderet pro XX. tunc hac inæqualitate non obſtante in X. tamen obligatum eſſe, quia non hic unius contractus forma ex alterius ſed pars altera inducens fidejuſſoris obligationem ex altera ſuppletur, quemadmodum in ſtipulatione contingit. Secus eſſet ſi etiam de XX. interrogatus fuiſſet. Nam tum quia fidejuſſio ſuis partibus conſtans eſſet perfecta, & tamen forma ejus ob duriorem cauſam accedentem obſervata non ſit, illa ex diverſo contractu rei principalis ſuppleri non poſſet. Sed ob neglectum formæ penitùs concidit. Nam, ut in pauca conferamus, forma quidem unius & ejuſdem contractus ex alterutra partium ejus ſuppleri poteſt, non autem alterius ex altero. Non obſtat etiam, quod de conſtituente reſpondet JCt. *in l. hactenus.* Poteſt enim primò reſponderi JCtum *in d. §. fin.* non de eo, qui pro alio conſtituit, ſed duntaxat de ipſo debitore conſtituente loqui. Quo poſito, quia non pro alio ſed pro ſemetipſo obligatur, neque etiam acceſſionis ulla duci poteſt ratio, quam tamen hoc loco potiſſimùm conſiderare ſolent JCti, manifeſtum eſt, caſum illum ad regulam text: noſtri minimè pertinere, cum is de iis, qui pro aliis obligantur, diſertè loquatur. Et hæc quidem ſolutio magis conſentanea eſt verbis JCti, dum generaliter reſpondet, regulam hoc loco traditam in univerſis, qui pro aliis obligantur, atque adeò etiam in eo, qui pro alio conſtituit, locum habere. Potiùs igitur huic communi regulæ ſtandum erit, quàm ut id, quod *in d. §. fin.* de debitore conſtituente habetur, contra illam ad conſtituentem pro alio trahere liceat. Quod ſi cui fortè hæc reſponſio minus ſatisfecerit, itaque contra nitatur, id quod de debitore conſtituente juris eſt, etiam in eo, qui pro alio conſtituit, obtinere: Etſi id jure facilè probare non poterit, quin etiam modò dictam regulam adverſantem habiturus ſit: tamen ſecundò reſpondebimus, in conſtituente aliud, quàm † in fidejuſſore receptum eſſe, idque multis demonſtrari poteſt exemplis. Nam & aliud, quàm quod debetur, conſtitui poteſt *l. 1 §. an poſſit. de conſtit. pec.* & citeriore die, *l. ſed & ſi eo. gloſſ. in l. ſi verò non remunerandi. §. ſi poſt Mandat.* & alio loco, *l. eum qui de conſtit. pec.* Et ſub conditione debitum purè, ſive certa die, ut eâdem conditione ſuſpendatur, *l. id quod eo.* ſed & tempore expiraturum debitum conſtitui poteſt, & quamvis poſt conſtitutum dies temporalis actionis exierit, nihilominùs conſtitutum durabit, *l. item illa. §. quod adjicitur. eod. tit.* Quæ omnia aliter ſe habent in fidejuſſore, ut ex ſpeciebus ſuprà enumeratis manifeſtum eſt. Non igitur ab uno ad alterum manifeſta ſubſi-

Facti circumstantiæ apparent ex hac tabella.



A. Hæc ingreditur monasterium renuncians paternæ, maternæ, fraternæ, sororiæ, & cuicunq; obvenienti hæreditati, in manus patris stipulantis, pro se & liberis, cum pacto de non petendo, addito juramento Anno 63.

B. Hic moritur Anno 81. sine liberis, relinquens patrueles pari gradu literis C. & D. signatos. Quæritur jam, an illa Monialis partem faciat, &, an ejus portio accrescat toti hæreditati, an verò præcipua relinquatur ejus fratribus & sororibus.

C. Actores fratres & sorores Monialis.

D. Rei omnes,

Ad folium 154.



subsistente diversitate inferri potest. Cujus diversitatis hæc potest esse ratio, quod ad constitutum Prætor Edicto suo tantummodò requirit, pecuniam debitam esse, *l.1.* §. *ait Prator. de constit. pecun.* quem etiam meritò secuti fuerunt Jurisconsulti, *l.eum qui.* §. *quod exigimus.* & *l.hactenus.in princip.eod.tit.* sed & cum nulla solennitate juris adhibita pacto tantùm constituatur, liberius in eo est contrahentium arbitrium. Fidejussio verò non solùm certis contrahendi limitibus est circumdata, sed & hæc etiam forma præscripta, ne in duriorem causam accedat. Secundum hoc itaque id, quod Jurisconsultus *in d.* §. *illud.* de universis, qui pro alio obligantur, dicit, ad fidejussores restringendum erit, ut ad constituentem non pertineat, ipsa rei natura & materia subjecta id exigente, secundum quam verba generalia interpretationem & restrictionem recipere solent. Utut denique in constituente res sese habeat, quia tamen id ad fidejussionem uno tantùm casu, quando videlicet pro majori quantitate intercedit, accommodari posset, manifestum est, illud exemplum ad responsum *d.* §. *illud.* in quo de fidejussore nullo modo obligato agitur, minimè pertinere, neque etiam verba tàm universalia, ut uni huic casui conveniant, detorqueri, atque hinc ad fidejussorem pro quantitate intercedentem inferri posse, ut facit Moli. sed potiùs illa, ut suprà à nobis firmatum fuit, secundum propriam ipsorum significationem generaliter accipienda, atque ex hac universali regula de fidejussore etiam in quantitate idem decidendum esse.

4 Ad † mandantem & *d. l. rogatus.* quod attinet, ad eum commodè, ut respondeatur, de inductione prius videndum. Plerique illam intelligunt de eo fidejussore, qui ab ipso debitore rogatus fuerat, ut pro se intercederet, unde cum Jurisconsultus dicat, mandatarium, qui in majorem summam, quàm rogatus erat, fidejussisset, hactenus mandati actionem habere, quatenus rogatus esset, satis clarè exprimere videtur, fidejussorem, qui in majori summa, quam principalis debuerat, intercessit, saltem in eo, in quo cum principali convenit, obligatum esse. Quinimò cum text. repetitionem ejus quod summam mandati excedit, ideò deneget, quia fines mandati neglecti sunt, videtur præsupponere, eum respectu creditoris etiam in majore summa obligatum fuisse, cum alioqui ne quidem necessaria fuisset ejus repetitio, atque adeò frustra de eo laboraret Jurisconsultus, *Salic. in l. si ultra. C. de fid.* respondet, fidejussorem in casu *d.l. rogatus.* de eo quod in majorem summam intercessisset, contra creditorem debitum exigentem non excepisse, sed spontè totum solvisse, & proptereà hic non de eo agi, quatenus fidejussor teneatur erga creditorem, sed tantummodò quatenus id quod solverat à reo principali repetere possit. Qui cum mandando in minori summa consenserit, meritò illam tantùm & nihil ultra expendere teneatur, sed hæc solutio non solùm magnam continet divinationem, sed & cum neminem suum facilè jactare jura præsumant, non verisimile est, fidejussorem qui exceptione tutus esse poterat, sponte solvisse.

Neque etiam satis declarat Salic. utrum in summa illa majore pro qua intercesserat fidejussor, etiã reus principalis obligatus esset. Quod si non obligatum poneret, tunc fidejussor omninò in debitum solvisset, & proptereà JCtus nullam satis justam de eo utrum, à mandante repeti possit dubitandi rationem habuisset, atq; adeò hac etiam de causa minùs conveniret textui hæc interpretatio. Sin autem ut hoc objectum evitetur, concederet, reum, qui rogaverat, etiam pro majori summa obligatum fuisse, ut sensit

Fulgos.

Fulgos. d. l. rogatus. tùm certè non omnis actio ei denegaretur, sed saltem pro eo quod excedit, negociorum gestorum actionem haberet, ut concedit idem *Fulgos. arg. l. ex mandato. §. 1. eod. tit. & l. solvendo de neg. gest.* Verum hoc dato longè expeditior esset evadendi via, quàm quæ à Salicet. monstratur. Si enim reus principalis etiam pro eo, quod excedebat, obligatus fuit, certè fidejussor, etiamsi fines mandati transgressus ultrà, quàm à reo rogatus fuit, promiserit, non tamen plus quàm in principali obligatione fuit, in se recepisse, neque adeò in duriorem causam intercessisse videbitur. Sed inspectio omnis in eo erit, quatenus mandati fines observaverit, nec ne, & quod consequens est text: ille ad propositum nostrum planè nihil pertineret. Cur autem in mandato hoc sit receptum, ut fidejussio ultra mandatam summam facta ad fines mandati reducatur, ejus ratio in proclivi est. In uno enim & eodem mandato perficiendo præceptum mandantis & executio mandatarii non minùs quàm interrogatio & responsio in stipulatione requiritur, non igitur mirum, cur quemadmodum in hac, ita etiam in mandato actus unus ex altero interpretationem recipiat & suppleatur. Ut interim omittamus ex benignitate quadam in mandato receptum esse, ut si in quantitate mandatarius mandatum excesserit, usque ad constitutam summam agi possit, ut apparet *ex l. 3. & 4. Mandati.* ideoque etiam *in d. l. rogatus.* ex opinione plerorumque in hanc sententiam respondet JCtus. Quia verò verisimile non est, si is qui *in d. l. rogatus.* mandaverat, totam illam summam, pro qua intercesserat mandatarius debuisset, atque hinc negotiorum gestorum actione potuisset conveniri, JCtum hoc prætermisisse vel tantoperè de eo, utrum saltem in quantitate mandata teneatur mandator dubitasse, ideò ut omnis difficultas tollatur, non incommodè eo de casu responsum istud accipi posset, quo alius qui non fuerat debitor, rogaverat, ut mandatarius pro alio debitore intercederet in certam tamen summam, nam hanc etiam speciem interdum considerant JCti, *ut l. 2. §. aliena tantùm l. 6. § si tibi. l. 62. §. mandatis. Mand. & ita text. h. interpretatus est Connan. libr. 6. com. c. 6. numer. 10.* Et hoc casu præsupponendum est, debitorem, pro quo mandatarius intercesserat, illam ipsam summam debuisse, idque meritò: Nam cum JCtus non de eo agat, quemadmodum fidejussor erga creditorem obligatus sit, sed tantùm de eo, quatenus id quod pro reo solvit, à mandante repetere possit, fidejussoris respectu sunt præsupponendi termini habiles. Nihil itaque hîc subest, quod nostram suprà firmatam conclusionem oppugnet.

Sic neque † etiam *ex d. l. si ultra.* quicquam, quod nobis valdè adversetur, desumi poterit, sed quicquid aliquam repugnantiæ speciem præbet, ex superioribus facilè averti & declinari potest. Ex iis enim satis apparet, mandatarii & mandantis invicem longè diversam esse rationem, quàm fidejussoris & rei principalis. Quia tamen verba legis obscura & intricata sunt, de intellectu eorum quædam paucis annotabimus: Si ultra hoc, inquit textus, quod accepit ea, pro qua de mandatarii nomine intercessisse commemoras, daturum te scripsisti: Præses provinciæ ex hoc, quod ultra mandatum tuum numeratum est, à te nihil exigi patietur. Hujus rescripti quidam hanc ponunt speciem: Mandavi de X. tibi mutuandis & me redditurum scripsi: tu quinque tantùm accepisti. Quæritur, an & quatenus sim obligatus, & Imperatores rescribunt, quod tantum in id, quod numeratum est, & non ultrà, atque ita in quinque tenear: Quia verò huic speciei, obstant verba finalia, quibus ultra mandatum numeratum esse, significatur, cum interim hoc casu ponatur,

tur, minùs esse numeratum: ideò inverso ordine verba illa ita construunt, hoc quod mandatum tuum est, ultra numeratum à te nihil exigi patietur, q.d. text. Licet mandaveris de X. accipiendis, non tamen propterea ultrà quàm numeratum est, à te exigi quicquam poterit.

Hanc speciem & constructionem ponit *gl.1.verb.mandatario.* eamque videtur sequi *Gothofr. ad d. l. si ultrà.* sed huic interpretationi non solum refragantur verba universalia, quæ sine violenta contorsione ad hunc sensum accommodari non possunt. Sed adversatur, quod *in pr. text.* diversitatem constituit inter illum actum, quo mandatario nomine quis intercesserat, & eum, quo quis se daturum scripserat. Quod in hac facti specie non solùm omittitur, sed etiam contra verba tex. pro eodem ponitur. Alii igitur invertentes casum thema ita proponunt: Mandavi de mutuandis V. tu accepisti mutuò X. quæritur an & quatenus tenear. Et decidit text. quod ultra mandatum numeratum est, à te nihil exigi patietur. Licet autem secundum hanc interpretationem verba finalia planum habeant sensum. Quia tamen illa principio tex. non satis convenit, quo significari videtur, mandantem non minùs, ut hîc ponitur, sed ultra quam acceptum fuerat, se daturum scripsisse. Ideò ut verba hæc commodè eò referantur, sic ordinant, si ea pro qua de mandatario nomine intercessisse commemoras, ultra hoc, quod daturum te scripsisti, accepit; & casus iste ponitur in corpore, eundemque tenet *Connan. lib. 6. Comm. c. 6. numer. 10.* & licet videat, quàm inepta sit hæc verborum constructio, quia tamen illam necesseriam putat, nihilominùs admittit addens, nihil tàm ineptum esse in scribendo, quod non possint Diocletiani tempora pro suo agnoscere, sed & hæc explicatio suâ ineptitudine semetipsam evertit. Et quia inter mandatum scriptumque non distinguit, eodem cum priore laborat vitio. *Cujac. libr. 19. obs. cap. 35.* hanc tradit speciem: Mandavi Titio, ut tibi crederet X. Titius mandatum meum secutus tibi credidit X. Deinde ex scripto eo nomine Titio cavi præsenti, atque promisi, me daturum viginti per errorem, quæ tamen Titius mecum ex stipulatu agens sibi dari desiderat. Respondent igitur Impp. id quo ultrà hoc, quod accepit ea, pro qua mandatario nomine intercesseram, daturum me scripsi, à me exigi non posse: quia nimirum obligatio principalis mandati in X. tantummodò consistit, quod verò ultra à me scriptum est, sine causa & per errorem â me factum est, & propterea me non obligat, sed doli exceptione tutus esse, quin etiam ultrò liberationem condicere potero, *l. si indebitam. C. eod. tit.* Et hæc quidem interpretatio principio hujus legis satis convenit, finalibus tamen verbis non usque adeò quadrat. Præsupponit enim hic intellectus, debitorem, pro qua mandatario nomine intercesseram, ultra X. quæ mandaveram, nihil accepisse, id quod dilucidè asserit *Cujac.* dem ait, stipulationem scripto interpositam â mandato & credito discrepâsse. Cum interim in verbis finalibus clarè dicatur, ultra mandatam summam aliquid numeratum esse. Quin si nihil prætereà numeratum esset, text. non quod ultrà numeratum est, sed potiùs quod ultrà scriptum est, exigi non posse, diceret. Cum autem expresè dicat de eo, quod ultrà numeratum est, utique satis declarat, eum non tàm id, quod ultrà summam secundum primum mandatum acceptam scriptum erat, quàm etiam id, quod ultrà numeratum erat, considerasse, atque hac potissimùm de causa dubitatum fuisse. Ut ita neque hæc interpretatio omni ex parte satisfaciat.

Ego itaque cum ante annos undetriginta (*k*) in Italia studiorum gra- (*k*)

OOO tia

tia XXI. ætatis meæ annum agens de intellectu hujus *l. cogitarem*, nondum viso Cujac. cujus librum tunc temporis Anno nimirum 1564. in lucem prodiisse non existimo, putabam secundum hanc speciem rectè eam explicari posse. Quidam mandavit de mutuandis Titiæ X. & cum hæc illa accepisset, mandator instrumento deinde confecto cavit, se daturum XV. & ita ultra quam mandaverat, & reus acceperat, errore quodam ductus scripsit. Creditor itaque videns ipsum promisisse XV. ultra decem prius numerata Titiæ adhuc solvit V. quærebatur igitur, an in totam summam teneatur mandator. Et rescribunt Impp. ex hoc quod ultra summam mandatario nomine acceptam se daturum scripsit & ultra summam mandatam (prius videlicet) numeratum est, exigi non posse. Etsi enim in cautione deinde interposita plus scriptum erat, quia tamen ille cautio nullum novum mandatum continebàt, sed propter mandatum prius data erat, id quod ultrà fuit additum, ex causa falsa potiùs promissum est, atque adeò non obligat quàm ut novam mandati obligationem inducere posset. Et hoc est quod text: duntaxat considerat verbum, Scripsisti, atque ex eo, id est proptereà tantum quod scriptum fuerat, nihil exigi posse statuit ejus, quod ultra mandatum (de decem numerandis) numeratum est: nullum enim in scriptura novum mandatum intervenerat, sed ut dictum est, illa duntaxat ratione mandati prioris cautum fuerat. Neque est quod quis opponat, creditorem tamen fidem ejus XV. se daturum promittentis secutum, illa V. præterea solvisse debitori. Nam cum probè sciret, in X. tantum mandatum intercessisse, & scripturam hanc tantummodò, ut de mandato priore caveretur, datam neque præterea quicquam mandatum fuisse, utique id, quod excedit, sine causa factum esse, & propterea non obligare, ipsemet non ignorare debuisset, & ideò quod ultra numeravit debitori, suæ facilitati potius acceptum ferre debet, quàm ut alterum sine causa obligare possit.

Neque enim quæ ab initio non consistit obligatio (quemadmodum in aperto est, illa scriptura tum cum conficeretur, ultra quam reus acceperat, obligari enm non potuisse) per subsecutam numerationem præter voluntatem mandantis induci potuit. Et hæc quidem de intellectu hujus legis cogitanti mihi tum in mentem venerunt, quorum ne nunc quidem me pœnitet, sed eò magis confirmor, cum animadverto hunc intellectum non esse alienum ab interpretatione Cujacij, & omnibus verbis text. magis convenire, ut omnem, qui Cujac. obstat, removeat scrupulum. Secundum hunc omnia plana sunt, & hæc *add. l. si ultra*. dicta sufficiant. Denique conclusioni à nobis firmatæ non obstat, quod ex vulgatis illis brocardicis, quibus traditur, utile per inutile non vitiari, & minorem summam semper majori inesse, adductum est. Cur enim illis in proposito minùs locus esse possit, ex iis, quæ suprà diximus, satis manifestum est.



ADDI-

ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(a) ADde *Anton. Hering. in eleganti tr. de fidejuss. c.24.n.19.*

(b) *Anton. Hering. d.c.24.n.26.* ubi plures allegat, qui omnino videndi.

(c) Secus in casu converso, si Titius Stichum & fidejussor in genere hominem promiserit, *Hering. d. c. 24. num. 44.*

(d) Omninò *Hering. d. c. 24. nu. 31. & 42.*

(e) Omnino *Hering. d. c. 24. nu. 111. cum seqq.*

(f) *Coras. lib. 2. Miscel. caus. 12. n. 4.*

(g) *Covarr. in relect. c. quamvis §. sextò num. 4. de pact. in 6.* Et hanc sententiam contra recentiores obnixè defendit *Aquilin. in l. 1. § si stipulanti. numer. 15. cum seqq. de verb. oblig. & §. sed si mihi. numer. 25. cum seqq.* & novissimè *Fachin. lib. 8. controv. c. 51.* communem pronunciat *Bertazoll. de clausul. Instru. 41. gloss. 1.* Plures citat *Hering. d. cap. 24. numer. 54. Philip. Hoenon controvers. jur. illustr. Disput. 15. Thes. 1.*

(h) Idem tenet *Crot. in repet. 1. l. 1. §. si stipulanti. col. 7. in fin. vers. Fallit & tertiò & rep. 2. col. 5. in fin. vers. Secundò fallit Galiaul. col. 5. in fin vers. Septimò fallit Alciat ibid. num. 28. Gul. Pontan. col. 6. vers. Sextò limitatur.* & noviss. tuetur *Hering. d. c. 24 num. 65.* plurimis auctoritatibus. *num. 83.* adductis. Sed an rationes ejus tanti sint, ut ea, quæ hîc à parente afferuntur, convellant, judicent eruditi.

(i) Ex quo loco impudenter omnia transcripsit more suo *Caballin. Milleloq. 250.*

(k) Scripsit hæc parens Anno 1593

QUÆSTIO XI.

FIDEJUSSOR SI SUCCEDAT PRINCIPALI VEL CONTRA, AUT CREDITOR fidejussori vel contra. Item si creditor debitori vel contra: quatenus actiones confundantur & fidejussor liberetur.

Item quid juris, quando duo rei debendi aut credendi sibi succedunt, ubi multa singularia ad hanc materiam pertinentia accuratè explicantur.

1. *Fidejussor quando succedit principali, fidejussoria obligatio tollitur. etiam hodie contra Cujac. num. 30. unà cum omnibus exceptionibus ei adhærentibus nu. 5. licet principalis etiam exceptione elidi possit nu. 8. Et viceversa quando principalis succedit fidejussori, extincta fidejussione ipse tamen ut principalis obligatur num. 2. Item si unus ambobus successerit numer. 3. Ratio explicatur num. 4. Declaratur modo principalis obligatio plenior sit & tam civiliter quàm naturaliter obliget num. 10. idq; tempore aditionis num. 28. Item declaratur, ne tamen propter hanc confusionem damno afficiatur creditor numer. 12. quod quatenus procedat, ibi ostenditur. Quid si cum beneficio Inventarii adeatur hæreditas nu. 14.*

Aut lis cum fidejussore jam contestata sit num. 17. Quod si pro portione tantùm succedit, pro ea portione actio confunditur num. 37.

6. *Anton. Fab. emendatio* l. cum reus de fidejuss. *improbatur.*

7. *Doli exceptio non semper dolum commissum præsupponit, sed generaliter contra eum competit, qui non rectè agit.*

8. L. Stichum §. quod vulgò de solut. *Lectio constituitur, emendatur & vera sententia ostenditur & numer. 11. 13.*

9. *Restitutionis remedium antequam impetretur, in considerationem non venit. Juri speciali quæ competunt antequam impetrentur, in considerationem non veniunt. Eod.*

15. *Creditor quando debitori succedit vel viceversa tàm debitoris quàm fidejussoris obligatio tollitur, quid si creditor fidejussori succedat aut contrà num. 17.*

16. *Text.* in l. si ei §. si is qui de evict. *explicatur.*

18. *Fidejussore electo liberatur reus principalis jure veteri & viceversa, cujus in jure passim extant vestigia ostenduntur. Quod in electione judiciali verum fuit non in extrajudiciali numer. 21.*

19. L. Etiamsi C. de fidejuss. *explicatur.*

20. §. fin. Instit. Replic. *explicatur.*

22. *Petere propriè in judicio quis dicitur & lite contestata.*

23. L. Hæres §. Quod si stipulator. de fidejuss. *explicatur & Fabri emendatio rejicitur.*

24. *Duo rei credendi quatenus se invicem prævenire possint in petendo.*

25. *Æquiparatio non omnimodam similitudinem requirit, sed tantum in casu in quo fit.*

26. *Reus debendi credendive correo succedens quatenus utraq; obligatione experiri aut conveniri possit & num. 32. 33.*

L. Si duo de solut. *lectio asseritur.*

27. *Confidejussores duo quando invicem succedunt utraq; obligatio salva manet.* l. Explicatur insuper, l. Quamvis §. si mulieris ad Vellejan.

28. L. Stichum aut Pamphilum §. aliquando. de solut. *explicatur contra Cujac. & num. 29.*

31. *Actio utilis & directa invicem per successionem non confunduntur.*

32. *Actionibus pluribus in unam personam non concurrentibus quatenus una aut singulis experiri liceat cum seqq. & num. 36.*

33. *Emtor succedens alii qui eandem rem ab eodem emerat, an duplici actione agere possit.*

L. non est novum de act. emt. explicatur cum seqq.

34. *Causæ plures ejusdem generis una actione proponi possunt, non tamen invito actore num. 35.*

1 FIdejussor † succedens reo principali à causa fidejussionis per confusionem liberatur, & solummodò quasi hæres rei tenetur, *l. 5. de fidejuss.*

2 Sic † etiam viceversa, quando reus succedit fidejussori, confundetur obligatio fidejussoris, & principalis tantùm obligatus manebit, juxta sententiam Sabini contra Proculum receptam, *l. si duo §. fin. de solut.*

3 Idem † obtinet, quando idem utrisq; succedit, *l. fidejussoris in fin. C eod. tit.* Nam
4 duæ civiles obligationes, † inter quas aliqua est differentia, ut una altera major vel plenior sit, in unam & eandem personam concurrere non possunt, *d. l. 5. & l. hæres. §. quod si hic. ff. eod. l. si reus de duob. reis.* Generale autem est, ut principalis obligatio major sit ea, quæ sequelæ vel accessionis locum obtinet, *d. l. si duo. §. fin. l. si debitoris. de fidejuss. l. Stichum. §. quod vulgo de solut.* non mirum igitur, quod illa hanc perimat, *d. l. si reus.*

Id quod adeò verum est, ut quemadmodum † ipsa fidejussoris obligatio confusione tollitur, ita etiam omnes exceptiones eidem cohærentes, (a) ut si reus succedens fidejussori exceptione fidejussori ex sua persona competente uti vellet, veluti si creditor, cum eo de (a

eo de non petendo pactus fuisset, illa doli aut in factum replicatione elidi posset, sublata nimirum per confusionem fidejussoris obligatione, atque ex hoc etiam exceptione eidem cohærente, idq; secundum communem lectionem & interpretationem voluit Jurisconsultus, *in l. cum reus. de fidejuss. Anton. Fab. tamen lib. 1. conject. cap. 5.* contrà movet, quod cum ipsa fidejussoris obligatio penitùs extincta sit, etiam exceptio illi cohærens, ita omninò perempta esse videatur, ut non tàm necesse sit, illam replicatione elidi, quàm ut illa penitùs sublata reus ex persona fidejussoris uti nullo modo possit. Ideoque inserendo negativam pro illis verbis: *Etsi exceptione fidejussori competente usus fuerit, legit, exceptione fidejussori non competente*, hoc sensu, quod licet reo succedente fidejussori hujus obligatio perimatur, tamen si reus ex sua persona tutus esset aliqua exceptione, quæ fidejussori non competeret, per doli mali replicationem elisa hac exceptione, eatenus sustineatur fidejussoris obligatio, ut efficaciter teneatur reus, ne videlicet propter confusionem damno afficiatur creditor.

6 Licet † autem sententia ista, quæ ex emendata hac lectione colligitur, ab æquitatis ratione abhorrere non videatur, de qua nos infrà pluribus agemus, alienior tamen est à verbis & mente Jurisconsulti, qui obligationis per confusionem peremptæ effectum & modum, quo, si nihilominùs in judicium deduceretur, de confusione opponendum sit, ostendere & declarare potiùs, quàm restringere voluit. Cumque secundum hæc etiam vulgata lectio commodum recipiat sensum, certè ab ea sine librorum auctoritate recedere tutum non est, neque etiam ratio à Fabro considerata ejus momenti est, ut propterea ad emendationem confugiendum sit. Non enim rarum est in jure nostro, ut licet actio vel exceptio alicui non competat, nihilominus tamen de eo quæratur, si de facto proponatur, quemadmodum alteri parti subveniendum sit, idq; plerunque per doli exceptionem fieri exempla per *tot. tit. ff. de doli except.* ostendunt.

Neq; etiam † ad hoc, ut doli exceptio competat, semper requiritur, ut quis dolo quid admiserit, sed sufficit, quem eo uti juris remedio, quod ei non competebat, *l. 2. §. circa primam. de dol. except.* 7

Deinde quod diximus, confusione perimi obligationem accessoriam, usq; † eò procedit, ut etiamsi reus principalis, qui civiliter obligatus est, proprium & personale habeat remedium fidejussori non competens, & huic fidejussor successisset, nihilominus fidejussoris obligatio tollatur. 8

Exempli causa, si minor XXV. annis pecuniam mutuò accepisset, & perditis numis intra tempora restitutionis decessisset hærede fidejussore, hic accessoria sua actione sublata, restitutionem intra constitutum tempus petere poterit, (b) ut probatur *in d. §. quod vulgò.* secundum receptam lectionem, quæ ita habet: Et *econtrariò non potest dici, non tolli fidejussoris obligationem*: Nam etsi gl. & Interpp. referant, Rogerium unam negationem omissam maluisse, tamen non solùm omnes libri huic lectione refragantur, sed & sequentia verba (quæ idem, ut suam tueatur lectionem, adeò ineptè interpretatur, ut haud facilè alicui, qui novit, JCtos latinè non barbarè locutos fuisse; eam persuasurus sit) sequentia igitur verba perspicuè declarant, JCti hunc esse sensum, quem modò retulimus, & propterea utramque negationem retinendam. (b)

Majorem autem scrupulum in eodem §. movent illa verba: *Quæ principalis fuit & cui fidejussoris obligatio accessit sine contemplatione juris prætorij.* Hæc enim, neq; quo commodè referantur, habent quicquam, neq; ullum sanum reci-

recipiunt sensum. Nam quod gl. dictionem, *Qua*, ad præcedentia verba: *Causam juris honorarii*, refert, remotius est, quàm ut verisimile sit, neque etiam rectam præbet sententiam. Non igitur mendo caret ille locus, quod ab aliis non animadversum esse, mirum est. Et quamvis eadem lectio in Fl. etiam ϖ. habeatur, tamen & ipsius Fl. exemplaris fidem hoc quidem in loco suspectam reddit, aliud gravissimum mendum in eodem hoc §. *quod vulgò*. commissum, de quo infrà dicemus, unde apparet librarium *in d*. §. *quod vulgò*. satis negligentem fuisse.

Quod si igitur conjecturis indulgendum esset, posset forsan locus, de quo jam agimus, ita emendari: „*Difficile* „*est dicere, Causam juris honorarii, quæ* „*potuit auxilio minori esse, retinere fidejus-* „*soris obligationem, quia principalis fuit ea,* „*cui fidejussoris obligatio accessit*. Quis enim facilior lapsus, quàm loco τοῦ *quia*, ab oscitante librario, *quæ* & loco τοῦ *ea*, *&* poni. Et secundum hanc lectionem verba non solùm sanum recipiunt sensum, sed & elegantem præbent rationem, quam Jurisconsultum hoc loco inserere voluisse, vel ex eo apparet, quod sequentia verba per dictionem illativam *Igitur*, subjungens certò concludit, fidejussori suâ obligatione liberato beneficium in integrum restitutionis competere, cum tamen secundum vulgatam lectionem in præcedentibus nihil penè certò asseruerit, sed tantummodo dixerit, difficile esse retinere fidejussoris obligationem. Verisimile igitur est, eum hîc rationem addidisse, ut ex ea rectius sequētia inferantur. Ratio autem talis est; ideò causam juris honorarii non retinere fidejussoris obligationem, quò minùs confusione tollatur, quia licet minor restitutionis beneficium habeat, tamen nihilominùs obligatio ejus principalis est, ideoque tollit fidejussoriam, quæ tantummodò accessionis & sequelæ vicem obtinet: cumq; ea contemplatione juris prætorii sive restitutionis interposita non sit, ejus etiam respectu retineri nequit. Nam cum restitutio minoris non ab initio obligationi ejus insit, sed ex postfacto demum propter perditam pecuniam ei competere incipiat, utique fidejussor intercedens, vel etiam creditor cum eo contrahens nullum ad restitutionem, qua utrum uti posset minor, tum temporis adhuc incertum erat, respectum habere potuit. Sed tantummodò consideravit ipsam principalem minoris obligationem, quæ cum in se, non considerato restitutionis beneficio, plenior sit, neq; duæ civiles obligationes, quarum una altera major est, in unam personam concurrere possint, fidejussoriam meritò tollit.

Quinimò † ipsam restitutionem ex persona minoris contrahentis non semper in considerationem venire, apparet *ex l. si Titius. de fidejuss.* ubi si quis unà cum minore pro alio intercessit, eum propter incertum restitutionis JCtus excusatum habet, & propterea divisionis beneficium etiam restituto minore ei concedit. Fac. huc quod tradi solet, ea quæ ex jure quodam speciali competunt, in considerationem non venire priusquam impetrentur, *l. 4. §. 1. de fidei. lib. gl. in l. 2 & ibi Bart. de bon. poss. sec. tab. Bartol. in l. fin c de sent. pas. & rest. & in l. 1. §. quidam filium. de bon poss. sec. tab.* Nam & restitutio in integrum speciali quodam jure minoribus conceditur. Quod si fidejussor intercessionis tempore ad juris prætorii auxilium respexisset, ac creditor hoc metuens, ideò eum accepisset, ut eo nomine tutior esset, sicut factum esse in casu, *l. in causa 14. de minor.* apparet ex verbis: *Si cum scirem minorem & ei fidem non haberem, tu fidejusseris*, hoc certè casu fidejussoris obligatio plenior censeretur, & propterea à principali tolli non magis posset, quàm civilis à naturali, ut initio *d. §. qui vulgò*, considerat Jurisconsultus. (c) 9

Et (c)

Et iniquum foret creditorem, qui sibi hoc ipso satis diligenter cavit, hac suâ cautione defraudari & damno affici, contra *l. debitor. de separat.* Rectè itaque à Jurisconsulto in nostro proposito consideratur, fidejussionem sine contemplatione juris honorarii accessisse. Cur autē hîc nulla habeatur ratio ejus incommodi, quod ex sublata fidejussoris obligatione & restitutione huic competente, ad creditorem pervenit, paulò inferius palam fiet. Cumque hæc *d. §. quod vulgò*, emendatio, & qui inde colligitur sensus, ante annos sanè complures in mentem nobis venerit: tùm verò nuperrimè in eo maximoperè sumus confirmati, postquam doctissimum & acutissimum Jurisconsultum *Anton. Fab.* in novissimis conjecturarum suarum libris ejusdem loci vitium animadvertisse, *libr. 8. cap. 4.* cognovimus. Quia tamen is durissima sanè & perquàm audaci emendatione totam videlic. lineam de suo interponendo loco isti mederi conatur, non dubitamus, quin modestiores nostram hanc multò leniorem, & (ut ita dicam) magis verecundam, magisque compendiariam correctionem, *d. §. quod vulgò*, sint libentius suscepturi. De quo tamen suum cuique liberum esto judicium.

Cæterùm cum major & plenior duntaxat obligatio, ut suprà diximus, minorem tollat, sciendum, pleniorem
10 † & majorem non ex eo tantùm, quod principalis sit, æstimandam, sed etiam quod actionem efficacem producat.
(d) (d) Potest enim fieri, ut aliqua obligatio sit principalis, & tamen propterea, quod ex ea cum effectu agi nequeat, plenior non censeatur, ut accessoriam tollere possit, ideoque si principalis naturaliter tantùm esset obligatus, utputa servus, & ille manumissus succederet fidejussori, nulla fieret obligationum confusio, sed tàm naturalis servi quàm fidejussoris civilis & naturalis obligatio salvæ manerent, idemque retrò obtinet, quando fidejussor servo manumisso hæres existit, *l. hæres. §. quod si hic servus de fidejuss.* Non enim hoc casu principalis obligatio major dici potest accessoria, cum non sit civilis, & civile vinculum, quia ex eo non autem ex naturali agi potest, majus reputetur. Sed nec fidejussoria veluti major tollere potest principalem, quia non possis dicere fidejussoriam majorem, cum non sit principalis: Principem enim locum tenere majus est, quàm accedere: igitur utraque in suo statu manet, quasi non inferior altera alteri, ut eleganter considerat *Cujac. tract. 7. ad Afric. in d. l. hæres § servo.* Estque hæc ratio longè concinnior, quàm quod Interpp. existimant, ideò hic fidejussoris obligationem non perimi, quia principalis obligario non est valida, atque propterea damno afficeretur creditor, si obligatio accessoria confunderetur, contra *l. debitor. de separat.* Nam etsi verum quidem sit, Jurisconsultum ibi ejus etiam habere rationem, ne damno afficiatur creditor, & istud suo loco rectè consideretur, tamen ex hac ratione id tantùm colligi potest, fidejussoris obligationem manere debere. Cur autem etiam naturalis simul consistat, hoc certè ex ea desumi non poterit. Sed inde efficitur, ut jam dictum est, quia non satis appareat utra alteri major sit, cum præsertim in aperto sit, Jurisconsultos, quando de actionum confusione egerunt, hoc potissimùm consideraſſe, utrum ejusdem sint potestatis, an verò una altera major sit.

Et hoc est quod voluit Jurisconsultus *in d. §. quod vulgò l. Stichum. dum in princip.* postquam dixerat tùm demum fidejussorem, qui debitori † hæres extiterit, ex causa fidejussoria liberari, quoties plenior rei promittendi obligatio reperitur, deinde subjungit: *Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabitur.* Hæc enim verba 11

cum nullum commodum sensum recipiant, ex græcis libris monente *Cujac. lib. 11. obs. 34. & d. tract. 7. ad Africa.* rectè hic locus ita emendatur. *Nam si reus natura duntaxat fuit obligatus, fidejussor non liberabitur.* Quam emendationem verisimilem reddit, quod Jurisconsultus, postquam dixerat, tum demum fidejussorem reo succedentem liberari, quoties plenior rei invenitur obligatio, sequentia verba per particulam causativam. *Nam*, annectit, hoc enim ipso ostendit, se his verbis declarare, verum esse, quod dixerat, fidejussorem non semper liberari. Et quod consequens est, eum casum subjungere voluisse, ubi fidejussor non liberetur. Hoc autem minimè contingit, quando reus efficaciter, sed quando duntaxat naturaliter obligatur. Verisimile igitur est, Jurisconsultum hîc de eo, qui naturaliter solum obligatus fuit, locutum fuisse, cum prætertim addat dictionem taxativam, *Duntaxat*, quæ certè, nisi ita ut Cujac: emendat, legamus, prorsus supervacua est. Deinde hæc lectio confirmatur consideratione particulæ *E contrario.* Nam cum Jurisconsultus in sequentibus de eo casu agat, in quo fidejussor liberatur, ut paulò antè ostendimus, atque illa præcedentibus annectat, per dictionem, *E contrario,* satis denotat, in proximè præcedentibus verbis, se de casu contrario atque adeò de eo, quo fidejussor non liberatur, egisse. Necessariò igitur cum Cujacio negativa interponenda, & addenda dictio *Natura*, quod etiam etsi vulgatam nimis argutè defendere conetur, sequitur tamen *Anton. Fab. lib. 8. conject. c. 4.*

Et secundum hæc Jurisconsultus non solùm idem vult, quod de naturali obligatione suprà asseruimus, sed etiam dilucidè ad hanc rationem respicit, quia naturalis obligatio, licet principalis sit, tamen quia naturalis tantùm est, cum effectu non obligat, atque adeò plenior non est, neque major fidejussoria, ut hanc tollere possit.

Recipit prætereà doctrina ista, secundum quam majorem & pleniorem obligationem alteram tollere diximus, hanc † notabilem declarationem, quod eatenus tamen locum non 12 habeat, ut ex confusione ista damno afficiatur creditor. Neque enim ratio juris, quæ causam fidejussionis propter principalem obligationem, quæ major est, excludit, damno debet afficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat, ut ait Jurisconsultus *in l. debitor. de separat.* inde respondens, quod si debitori fidejussori hæres extiterit, quamvis obligatio fidejussoris extincta sit, nihilominus eum, cui fidejussor fuerat obligatus, separationem bonorum impetrare posse. Sed tunc fortiter obstat id, quod suprà de restitutione in integrum diximus, *ex. §. qui vulgò.* illam non efficere, ut propterea fidejussoris obligatio integra maneat, quantumvis à fidejussore hærede debitoris, qui minor fuerat, impetrata, in maximum creditoris incommodum cederet: *Bartol.* ut hunc modum dis- 13 solvat, text. *in d. §. quod vulgò*, ad eos duntaxat casus restringit, in quibus fidejussor contra minorem principalem debitorem in vivis agentem, etiam post ejus restitutionem, regressum haberet. Nam cum in his casibus ipsemet minor vel ejus hæres, ne fidejussor condemnatus ipsum mandati conveniat, pro fidejussore convento in judicio se interponere & defensionem ejus ex propria persona suscipere possit, *l. idemque, §. generaliter. Mandat.* ex confusione deinde facta & restitutione à fidejussore hærede impetrata, creditor nullum majus sentiret damnum, quàm si utraque actio integra mansisset, siquidem tàm reus quàm fidejussor eadem defensione sese tueri possent, nihil igitur mirum, quod cum nullum subsit præjudicium creditoris, actiones confundantur: sin autem, fidejussor contra minorem regressum cum effectu non haberet, id quod generale est, *l. in*

l. in causa 14. §. 1. de minor. tùm quia ex jure minoris se tueri nequit, sed nihilominùs creditori efficaciter obligatus manet, & propterea creditor, si actiones confunderētur, maximū damnum sentiret, tum obligationem fidejussoris non perimi existimat Bartol. neque tunc huic textui locum esse, quem sequuntur *Angel. & Joan. de Immol.* Quia verò Bartol. casus, in quibus fidejussor regressum habeat, non explicat, ideò illos addit *Joan. de Imol. h.* nimirum, quando minor non in contractu principali, sed in contractu fidejussoris jurâsset, se eum servaturum indemnem, aut quando dolo induxit fidejussorem ad fidejubendum, asserens se majorem, licet dolo hoc contra creditorem usus non fuerit, Item, quando major XXV. annis existens, tamen intra quadriennium dederit fidejussorem pro debito contracto in minore ætate. In his enim casibus, licet minor restituatur contra principalem, non tamen contra fidejussorem, & propterea fidejussor contra eum regressum habet. Sed (præterquam quod tertius casus, quando major fidejussorem apponit contractui à se minore gesto, in dubium vocari potest ex eo, quod fidejussorem dando videatur approbare id, quod gessit, atque ita restitutio ne contra principalem quidem concedatur, *l. 2. & tot. tit. C. si major fact. rat. hab.*) cum hi omnes casus rariores sint, quàm ut verisimile fiat, Jurisconsultum *in d. §. quod vulgò*, ad eos respexisse ideo *Paul. de Castro* licet interim horum nullam mentionem faciat, existimat text. *in d. §. quod vulgo*, generaliter accipiendum, & propterea restitutionis beneficium nunquam retinere fidejussoriam obligationem, ejusque hanc affert rationem, quia antequam restitutio obtineatur, ipsa obligatio minoris efficax est, cumque illam in ipso successionis tempore efficacem reperiat fidejussor succedens, ideò meritò ejus obligatio tanquam accessoria & minor tollitur, non considerato, quid deinceps restitutione ex jure prætorio imperata evenire possit, quæ ratio non est inconveniens. Et eò respexisse videtur Jurisconsultus, dum considerat, quod fidejussor ibi sine contemplatione juris prætorii accesserit. Potestque pro confirmatione ejusdem considerari, quod cum successionis tempore minoris obligatio efficax, & propterea major fuerit, ut accesoriam peremerit, hæc semel extincta ex futuro eventu meritò reviviscere non debeat. Neque impedit, quod per beneficium separationis illa quasi reviviscat, *d. l. debitor.* Separatio enim duo patrimonia hæredis & defuncti, quæ per aditionem confusa erant, iterum distinguens, diversa bona constituit, atque adeò ipsum aditionis effectum perimentem obligationes tollit ac removet. Non itaque mirum, cur etiam separatione impetrata actio denuò competere incipiat. Quod planè aliter se habet in restitutione minoris, eo quidem casu, de quo *d. §. quod vulgò*, loquitur. Hoc tamen quod restitutionis beneficium fidejussoris obligationem non retinere diximus, declarat *Paul. de Castro, d. §. quod vulgò.* ut locum non habeat, siquidem minor dum adhuc superstes esset, restitutionem impetrasset, nam cum tùm ipso successionis tempore minoris obligatio inefficax esset, illam fidejussoris obligationem tollere non posse existimat.

Quæri † etiam hoc loco solet, quando hæres cū beneficio inventarii adiit, an tunc obligatio principalis accessoriam tollat? Et dubitationem movet eo in casu, quando fidejussor succedit debitori, quod cum jure veteri ex bonis defuncti & hæredis succedentis unum & idem constitueretur patrimonium, & propterea hæres ultra vires hæreditatis debita defuncti de suo solvere teneretur, nullum ex confusione ista ad creditores in effectu redibat incommodum, cum ipsorum 14

non

non interesset, an ex debitoris defuncti, an verò ex fidejussoris succedentis bonis ipsis satisfieret: at cum hodiè, quando hæres adiens hæreditatem inventarium confecit non ultra vires hæreditatis, neque de suo quicquam solvere teneatur, sed inventarii beneficio propria bona ab hæreditariis distincta & salva retineat, utique plurimum interesse videtur creditoris, ne principalis obligatio tollat accessoriam fidejussoris, cum si hæreditas solvendo non esset, hujus crediti nomine fidejussorem, qui successerat, compellare non posset, cum tamen confusio obligationum debitoribus, qui sibi satis diligenter prospexerunt, obesse non debeat, *d.l.debitor.* Interpp. itaque hac ipsa ratione moti communiter concludunt, Inventario confecto fidejussorem hanc obligationum confusionem allegare non posse, sed nihilominùs in id, quatenus vires hæreditatis non sufficiunt, teneri *Dec. post alios in l.*
(e) *debitoris num.21. C.de pact.* (e)

Interim tamen de ratione laborant, hanc potissimùm afferentes, quia ut dictum est, per confusionem creditoris deterior conditio fieri non debet, neque beneficium uni concessum, in alterius injuriam extendi. Verùm, si rectius perpendatur hoc negocium, Inventarium planè hoc non præstat, ut propterea fidejussor succedens in creditorum incommodum confusionis exceptione se tueri possit, sed cum rem omnem in eum statum reducat, in quo ante aditam hæreditatem fuerat, not. *Dd. in l. fin. C. de jur. delib.* omnem confusionis effectum non minùs removet, quàm separatio bonorum. Tantum igitur abest, ut inventarium hoc casu in præjudicium creditorum cedat, ut etiam ipsis magis consulat efficiendo, ne confundantur
(f) obligationes. (f)

Quemadmodum fidejussor succedens reo, & viceversa liberetur, ha-
15 ctenus dictum est, restat † ut videamus, quid juris, si creditor successerit debitori aut fidejussori, vel utroque converso. Et licet JCtus *in l. si debitori. de fidejuss.* eum casum, quo creditor succedit reo, à reliquis confusionum speciebus distinguere videatur, innuens, magis solutionis potestate quàm confusionis ratione obligationem intercidere, quod etiam sensit Jurisconsultus, *in l. si ei. 41. § si is qui de evict.* dum dicit rationem quandam inter hæredem & hæreditatem poni, tamen sive reus creditori successerit, sive etiam creditor reo, tàm principalem quàm fidejussorem (g) liberari, sive civilis sive (g)
naturalis tantùm in reo fuisset, respondet Jurisconsultus *in §. quod si stipulator. l hæres fidejuss.* hanc afferens rationem, quoniam nemo potest apud eundem pro se ipso obligatus esse, igitur nemo, qui semel reus & creditor per successionem factus est, potest fidejussorem sibi pro seipso obligatum habere. Idem secutus est & Paulus *in l. Granius eod.* addens, ut quemadmodum incipere non possunt, ita nec remaneant. Pertinet huc text. *in l. si Stichum. §. 1. de fidejuss.* ubi videmus, si fidejussoris obligatio propter conditionem principali obligationi annexam in pendenti esset, atque interim creditor debitori vel legatarius hæredi succederet, quod tùm ne existente quidem conditione obligetur fidejussor: cujus Jurisconsultus ibi hanc tradit rationem, quia nec reus est pro quo debeat, sed nec res ulla quæ possit deberi. Et hæ quidem rationes proprie eò pertinent, cur reo creditori succedente vel contrà fidejussor liberetur: cur autem ipsorum principalium obligatio inter se successione perimatur, ejus pulchram tradit rationem JCtus *in l. si debitori. eo. tit.* Si debitori, inquit, creditor hæres extiterit, obligatio ratione confusionis intercidit, aut (quod est verius) solutionis potestate. Successionem enim ejusmodi solutionis instar habere, his verbis perspicuè docet, quia nimirum creditori succe-

succedenti solutum videtur, quod ex hæreditate ipsi debebatur, sicut & debitor solvisse, quod hæreditati creditoris à se debebatur.

16 Et hoc est quod † ait text. *in l. si ei. §. si is qui. de evict.* cum debitor creditori suo hæres existit, ratio quædam inter hæreditatem & hæredem ponitur, & intelligitur major hæreditas ad debitorem pervenire quasi soluta pecunia, quæ debebatur hæreditati, & per hoc minùs in bonis hæredis esse. Et è contrario, cum creditor debitori suo hæres extitit, minùs in hæreditate habere videtur, tanquam ipsa hæreditas hæredi solverit. Cujus loci sententiam, qui assecuti non sunt, pro eo quod in Fl. rectißimè legitur: *Ratio quadam ponitur,* substituerunt: *Actio quadam proponitur*, quod in omnes pænè libros postea irrepsit, cum elegantißimus sit Fl. lectionis sensus. Rationes enim ponere, dicuntur calculatores cum computant, quid alter alteri debeat. Et sic loquitur Jurisconsultus *in l. 1. §. sed si fideicommissaria si quis testament. lib. ibi. arbitrum ex continenti dandum, apud quem ratio ponatur,* id est, qui computationem ineat, juxta *l. si parè. eod. tit.* ita & hic inter hæreditatem & hæredem ratio ponitur, id est, computatur, quid invicem debeant, & id solvi putatur in ipsa additione. Ait autem ratio quædam, innuens, id non propriè quidem ita dici posse, cum nullum factum concurrat, sed juris fictione fiat. Et hoc quidem eò diligentius hîc explicandum fuit, quod Scipio Gentil. *1. parerg. cap. 6.* minùs rectè nostrum hunc locum interpretetur, Rationem pro differentia græco more accipiens, q. d. Jurisconsultus, differentiam esse inter hæredem & hæreditatem, sensu ad propositum non satis apto, ut nec mysteria, quæ in verbo (ponitur) quærit, ullius momenti sunt. Hinc etiam rectè desumitur ratio, cur etiam fidejussor liberetur: Nam cum ejusmodi successio solutionis vicem obtineat, reo per solutionem liberato, etiam fidejussor ut liberetur necesse est, idque voluit Jurisconsultus, dum *in d. l. si Stichum.* ait: Quia neque reus est, qui debeat, &c. Eandem etiam ad fidejussoris liberationem accommodat Jurisconsultus *in d. l. si debitori.*

Nam in specie ibi proposita, in qua creditor unà cum fidejussore successerat debitori, pro parte quidem cohæredis obligatio salva manet, sed fidejussoria tota tàm pro parte creditoris, quàm pro parte fidejussoris succedentis perimitur, diversam tamen ob causam, siquidem respectu portionis fidejussoris succedentis illa ideò tollitur, quia tanquam accessoria minor est principali: ratione verò ejus partis, quæ ad creditorem pertinet, ideò perimitur, quia ratione posita in creditorem & partem suam hæreditariam obligatio rei solutione quadam sublata est.

Quod † si creditor fidejussori hæres fuerit, vel fidejussor creditori, sola fidejussoria perimitur manente principali, *d. §. quod si stipulator. d. l. Granius. in fin. pr.* Non tamen propterea fidejussor succedens creditori principalem actione mandati convenire potest, quasi à seipso exegisset, sicut integrum ipsi esset, siquidem pro reo quid expendisset. Nam cum reus, ut dictum est, liberatus non sit, nulla hîc subest causa, quæ actioni mandati locum facere queat. Sed fidejussor actione ex stipulatu creditori defuncto competente reum convenire necesse habet, *d. l. hæres. §. fin.* nisi fortè fidejussor priusquam succederet creditori, jam ei condemnatus esset, tùm enim mandati convenire debitorem adhuc posset, *l. si ei cui. Mandat.* 17

Et quod fidejussoris obligatio non extin-

extinguatur, quando lis cum eo contestata est ex sua obligatione, tenetur etiam post alios *Ronchogall. ad l. si reus 13.*
(h) *num. 7. de duob. reis.* (h) Cujus stante communi opinione, quod electo fidejussore reus nō liberetur, hæc fortè posset tradi ratio, quod cum fidejussor statim atque condemnatus est, mandati convenire possit principalem, *l. cum pro ea. C. mandat. l. Lucius. ff. eod. l. fidejussor. 46. de fidejuss.* Mandati actio ante successionem nata, ei competere cœpit, non itaque jus ei antè quæsitum auferri debet per successionem illam, quæ debitoris personam planè nihil respicit, cum præsertim hoc casu cesset ratio illa, quæ fidejussorem succedentem creditori alioquin liberat. Non enim ad hoc, ut actio mandati competere ei incipiat, necesse est, ut ponamus, eum apud semet pro seipso obligatum esse eum, ut dictum est, jam ante successionem actio hæc ei competierit. At quando successit, priusquam hanc agendi facultatem habuit, tunc quia ad eum casum, ut actionum acquirat, devenire non possumus, nisi ponamus eundem pro seipso obligatum esse, meritò nativitas atque ortus actionis prohibetur.

Non enim rarum est in jure nostro, ut faciliùs impediatur, quid ne fiat, quàm ut factum tollatur, *l. patre furioso. de his qui sunt sui, cum similibus.* Cujac. tamen *tract. 7. ad African.* in hunc locum hujus aliam & quidem meliorem tradit rationem, quia principalis reus accepto factoque judicio
18 in fidejussorem † liberatur actione creditæ pecuniæ. Et licet nihil alleget, hoc tamen quod olim convento fidejussore liberatus fuerit reus & contra, dilucidè apparet ex sent. *Paul. lib. 2. tit. 17. §. ultim.* ubi Jurisconsultus disertis verbis inquit: Electo reo principali fidejussor vel hæres ejus liberatur, non
(i) idem in mandatoribus observatur. (i) Idem colligitur *ex l. fin. C. de fidejus.* dum Imp. Justinianus id quod de mandatoribus ante statutum fuerat, ut electo uno alter non liberetur, *l. si mandatum de fidejuss.* nova sua Constitutione ad fidejussores extendit. Fac. huc text. *in l. Granius eod.* ubi postquam Jurisconsultus à fidejussore ad mandatorem arguendo dixerat, sicut, quando creditor succedit reo, fidejussor liberatur, ita & mandatorem liberari, quasi per præoccupationem subiicit: licet aliàs reo convento mandator non liberetur, in successionis tamen causa idem observari in mandatore quod in fidejussore. Hoc enim ipso satis innuit, quoad hoc utrum convento reo liberetur unus ex his, aliud in fidejussore observari, quàm in mandatore; ut constet ratio dubitandi objecta, quasi dicat, in successionis causa idem esse quod in fidejussore, licet in conventionis casu differant.

Ad idem † pertinet id quod Imp. *in l. etiamsi. C. de fidejus.* rescribit. Etiamsi de jure obligationis pignorum actum fuit, fidejussoribus liberationem non contingere. Nam ea potissimùm de causa dubitatum videtur, an non liberatus esset fidejussor, quod alioqui si personali actione conventus esset debitor, fidejussor liberaretur. Cur autem aliud sit in pignoris obligatione, ejus rationem elegantem reddit Jurisconsultus *in l. Grege. §. etiamsi. de pign.* quia videlicet suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia aut satisfactum, quibus cessantibus tenet. Eadem dubitandi ratio est *in l. fin. si cert. pet. & l. decem de verb. obligat.* ubi dicitur, quod fidejussor promittens id quod à Titio consequi non potuerit creditor, Titio convento non liberetur, quia, inquit Jurisconsultus, aliàs frustra mihi caveretur quasi scil. creditor eo ipso, quod fidejussorem ita accepit (quod à Titio consequi non potero) cavere sibi voluerit, ne Titio convento fidejussor liberetur, quod factum fuisset, si simpliciter eum accepisset. Nisi enim hæc dubitandi ratio legum

legum istatum est, alia nulla erit. Apparet etiam hujus juris vestigium *in l. egisti. de solut.* dum enim Jurisconsultus ait, ex eo quod cum domino servi nomine de peculio actum est, non liberatos fidejussores, ad id respexisse videtur, quod alioqui electo reo principali, fidejussores liberari solent. Et sententiam istam, quod olim electo reo fidejussor liberetur, pluribus persequitur *Anton. Fab. lib. 1. conjectur. cap. 17.* eandem pro ratione, *d. l. si ei cui.* afferens, & *l. si hæres. §. quod si stipulator. de fidejuss.*

20 Quia † autem plurimum refragatur text. in *§. fin. Instit. de replic.* dum ibi statuitur, quod licet reus, si cum eo experiatur, creditor per exceptionem se defendere possit, ista tamen exceptio fidejussori non competat. Hinc etiam colligi posse videtur, quasi etiam postquam reus conventus fuit, cum fidejussore agi possit. Ideò respondet Anton. Fab. hoc non ita accipiendum esse, quasi Imp. velit post reum conventum cum fidejussore agi posse, sed quod, licet reus siquidem conveniretur, hanc exceptionem habeat, fidejussorem tamen, si is eligatur & ante reum conveniatur, ea se tueri non posse.

Nec enim in illo §. apparet, fidejussorem post reum conventum fuisse. Potiùs igitur verba textus intelligenda sunt eo de casu, quo adhuc obligatus fuit fidejussor & conveniri potuit. Quod si hoc pertinacib. minùs satisfecerit, illis responderi potest, verba Inst. ex jure novissimo esse desumpta, atque ita difficultas omnis cessaret.

Sed his adhuc fortiter obstat, quod *in l. debitor. de separat. bon.* respondet
21 Jurisconsultus, si creditor, eo † in casu, quo reus fidejussori successerat, separationem bonorum petiisset, & solidum ex bonis hæreditariis consequi non posset, nihilominùs residuum à fidejussore posse peti. Hinc enim apparere videtur, quod etsi alterum ex his elegerit, alter non liberetur: Nisi fortè dicamus, judicialem duntaxat & quidem personalem conventionem, liberationem ex electione inducere, in casu verò *d. l. debitor,* cum debitore mortuo nihil judicialiter actum esse, cum creditor duntaxat bona ejus secutus sit, ut ait textus *in l. si creditores. eod.*

Nam quotiescunque jura dicunt, petitione unius alterum liberari, hoc de ea petitione intelligere solent, quæ † judicialiter facta, & quam litis conte- 22
statio subsecuta est, *l. si plurib. de leg. 1. l. fin. C. de fidejuss. l. 4. de his qui deiec. not. Dd. in l. 2. & in l. ex duob. de duob. reis.* neque mirum, cum lite non contestata quis non petere sed petere velle dicatur, *l. amplius rem. rat. hab.* quæ quidem litis contestatio, tum quando bonorum separatio petitur, planè non accedit.

Atque hæc circa liberationem fidejussoris per electionem, ideò per occasionem copiosius monenda fuerunt, quod id ab aliis hactenus factum esse non meminerimus.

Ultra hæc circa id, quod paulò antè diximus, fidejussorem succedentem creditori liberari manente † principa- 23
li, licet in se quidem planum sit, difficultatem tamen movet, quod Jurisconsultus *in d. §. quod si stipulator l. hæres*, hoc isto argumento confirmare vult: *Quod si possessio rerum debitoris data sit creditori, æquè dicendum sit, fidejussorem manere obligatum.* Admodum enim difficilis est hujus argumenti explicatio, cum in præcedenti casu, ad cujus confirmationem sequens adfertur, fidejussor liberetur, in posteriore verò obligatus maneat, atque adeò hi casus invicem sint contrarii, & tamen Jurisconsultus per dictionem *Æquè*, utrosque conjungat, hoc ipso satis innuens, non de diversis, sed de iisdem speciebus se verba facere. Interpretes quidem communiter verba finalia h. §. accipiunt de debitore, qui bonis

cessit, & licet is obligatus maneat, quia tamen conventus exceptione se tueri potest, pro eo habent, ac si liberatus esset, salva fidejussoris obligatione, cui exceptio illa non competit, §. *fin. Instit. de replic.* quod licet in se verum sit, non tamen, quomodo hoc argumento Jurisconsultus præcedentem casum confirmet, ostendit, neque adeò difficultatem tollit. Multò verò magis rem intricatam reddit *Paul. de Castr.* qui verba illa ita accipiens, quasi Jurisconsultus eo de casu loquatur, quo tàm principalis quàm fidejussor obligatus maneret, concedit argumentum, quo utitur Jurisconsultus, non esse satis congruum.

Anton. Fab. d. cap. 17. ad solidum emendationis auxilium confugiens existimat, Jurisconsultum eò respexisse, quasi creditor, cui possessio bonorum debitoris data fuerat, hoc ipso elegisset debitorem, cumque electione ista olim liberaretur fidejussor, ut in præcedentibus firmatum fuit, interponit hoc loco negativam, *Æquè dicendum est, fidejussorem non manere obligatum.* Secundum quam lectionem etiam sensus præcedentibus optimè conveniret. Nam cum Jurisconsultus antea unum casum protulerit, in quo manente reo fidejussor liberatur, nunc addit alium, in quo eodem modo perimitur fidejussoris obligatio salva principali, ut ita posterior priorem confirmet, Sed ut cujusvis fuerit demendo addendovè auctorum verba ad suum sensum effingere, ita nobis ad ejusmodi emendationem sine ullius libri auctoritate accedere integrum non est.

Aliena præterea illa est à Jurisconsulti verbis, qui nullam planè ejus electionis per quam fidejussor liberari solet, mentionem facit, ad quam si respexisset, utique potius ita locutus fuisset, ut appareret propter conventionem rei, eum electum & fidejussorem liberatum videri, idque longè fuisset facilius exprimere, quàm quod de bonorum possessione dixit. Quinimo directo adversatur electionis considerationi Jurisconsultus, dum loquitur eo de casu, quo possessio rerum debitoris data est creditori. Hoc enim non solùm absque electione liberante fidejussores contingere potest (ut si priusquam conveniatur à creditore, debitor spontè bonis cesserit vel aliàs possessio creditoribus data fuerit) sed etiam plerumque ita fit, ut nullam fidejussoris liberationem inducat. Quippe cum possessio bonorum debitoris dari possit creditoribus sine ulla litis contestatione præcedente, quàm tamen requiri ad hoc, ut liberetur fidejussor electione, suprà diximus, sicut neque litis contestatione opus est in bonorum cessione, quæ propterea etiam fidejussorem non liberat, §. *fin. Instit. de replic.*

Idque confirmatur optimè ex eo, 24 quod communiter receptum est, etsi † unus ex duobus reis credendi petendo alterum prævenire & sic efficere possit, ne alter reus etiam agat, rem tamen aliter sese habere, quando lite nondum contestata reus credendi agens ob debitoris contumaciam in possessionem bonorum missus fuit, nam hoc casu nullam præventionem neque adeò electionem induci, tradunt *Dd. in l. ex duob. ubi Ronchegall. numer. 19. suprà de duob. reis.* Non itaque assentiri possum *Anton. Fabian.* dum sola bonorum possessione electionem & per eam liberationem induci existimat. Eo ipso enim, quod Jurisconsultus non de litis contestatione aut conventione, sed tantùm de possessione bonorum loquitur, verisimile non est, eum de illo casu verba facere voluisse, quo liberatus fuit fidejussor, sed magis quo mansit obligatus.

Non est igitur à constanti librorum scriptura recedendum, licet sensus ejus omnibus non semper obvius sit.

Eum

Eum tamen concinnè eruit Cujac.existimans, Jurisconsultum ita voluisse arguere: si fit nonnunquam, ut solus fidejussor obligatus maneat, debitor solus liberetur, non est mirum vel absurdum, si eveniat quoque nonnunquam, ut solus debitor obligatus maneat, fidejussor solus liberetur, quod in præcedentibus dixerat. Quam interpretationem juvat, quod ex verbis Jurisconsulti dilucidè apparet hoc, eum inprimis demonstrare voluisse, quemadmodum fidejussoris obligatio interdum sola perimatur, interdum sola maneat. Neque obstat proprietas particulæ *Æquè*. Huic enim eo ipso satisfit, quod sicuti in priore casu sola fidejussoris obligatio perimitur, ita in posteriore sola manet.

25 Non enim æquiparatio † omnimodam similitudinem, sed eam tantùm requirit, quæ casui, de quo agitur, conveniat, text. *in l. fin. C. de collat.* quem laudat & multis ornat *Jason. in l. 2. §. & harum. numer. 15. & in l. 4. § si is qui numer. 3. vers. tertiò in quantum. de verbor. obligat.* Atque hæc cum jamdudum conscripta à nobis essent, prodiit ejusdem *Anton Fab. conjectur. libr. 11. in cujus cap. ultim.* ab emendatione illa haud obscurè recedens, hoc eodem fundamento, quod jam firmavimus, vulgatam lectionem defendi posse fatetur. Quo quidem ipso in ea quam ostendimus §. hujus explicatione planissimè confirmamur.

Quæ hactenus explicuimus, illa omnia ad eum casum pertinent, quando duæ obligationes concurrunt, quarum una major est altera: quando autem inter illas nulla est differentia,
26 sed duæ † ejusdem sunt potestatis, tùm quia non facilè reperiri potest, utra alteram consumat, ambæ simul consistunt, ut contingit in obligatione duorum reorum, *l. si reus de duob. reis. & l. si duo de solut.* ubi hujus rei effe-
(k) ctum Jurisconsultus declarat. (*k*) Nec quicquam refert, utrum de duobus reis stipulandi, an verò promittendi agatur.

Nam & ratio à Jurisconsultis considerata in concursu duarum obligationum æquè principalium utroque casu locum sibi vendicat, & de reis stipulandi Jurisconsultus *in d. l. si duo*, de reis verò promittendi *in d. l. si reus*, disertè loquitur. Ex quo manifestum est, in §. *item si duo. d. l. si duo.* vitiosè in Fl. prætermissa negatione legi. Item si duo rei sint pr. & alter alterum hæredem scripserit, confunditur obligatio: Sed potiùs, ut in vulgatis habetur addendam negativam, non confunditur, ut etiam monet *Cujac. lib 11. obs. cap. 34. in fin. & noviss. Anton. Fab. libr. 8. conject. c. 4.* licet interim Fl. lectionem secuti fuerint Græci, item Charanda, quam rectè ipsi viderint. Sic etiam mendosum est, quod ibidem in sequenti versiculo additur negativa: (non confunditur) quam tamen abesse debere, dilucidè apparet *ex d. l. 5.* ideoque etiam græci libri hunc errorem emendârunt.

Sic quando duo confidejussores invicem † succedunt, utraque obliga- 27
tio salva manet, *l. hæres 22. §. 1. infr. h. t.* Non enim est novum, ut duæ obligationes de eadem re in unam personam concurrant, *d. §. 1. & l. non est novum. de act. emt.* & ad hoc caput pertinet id, quod de muliere respondet Jurisconsultus *in l. quamvis. § si mulieris. ad Vel.* Si illa, postquam pro alio intercesserat, veteri debitori successisset, eam non solùm restitoria conveniri posse, sed & directa actione. Nihil enim ejus interesse, qua actione conveniatur. Nam eo de casu loquitur, quo mulier ita intercesserat, ut transferendo in se obligationem prioris debitoris, hunc penitùs liberârat, ut *in §. quoties. eadem l. & in l. Senatusconsultum. C. eo.* idquè dilucidè apparet tum ex eo, quod de veteri debitore dicit, hoc enim ipso casu liberatum esse significat, cùm alioqui non vetus verus debitor esset, tùm

etiam quia mentionem facit restitutoriæ actionis, quæ tantùm contra debitorem liberatū datur, *d.§.quot.& §.quā-quā & l.si muli. C.eo.* Reo igitur liberato obligationem mulieris, quæ sola reperitur, principalem esse oportet. Quia tamen contra debitorem liberatum nihilominùs ex Senatusconsulto datur actio, & quidem efficacius quàm in mulierem, hîc etiam pro principaliter obligatio meritò reputatur, & quod consequens est, etsi mulier succedat veteri debitori, una obligatio alteram non perimit, sed utraque salva manebit, ut ex utraque conveniatur mulier. Licet enim ejus obligatio propter Senatusconsultum Vellejanum initiò efficax non esset, tamen quia succedendo veteri debitori ex ejus persona tanquam hęres restitutoria tenetur, atque hoc ipso obligatio ista propria mulieris efficiatur, quo casu Senatusconsulti beneficium non competit, *l.aliquando. 13.ad Vell. l nec interest 5.eod.* inde etiam aditione ejus obligatio efficax redditur, ut etiam ex propria obligatione directa conveniri possit actione, *l. Stichum aut Pamphilum. §. aliquando. de solut.* hoc enim est, quod ibi dicit Jurisconsultus. Etenim interdictum est subvenire sexui mulieris, quæ suo nomine periclitetur, atque ita ut addit §. *si mulieris*, nihil ejus interest, qua actione conveniatur.

Nam cum obligatio per successionem ipsius propria effecta sit, atque propterea Senatusconsulti beneficio amplius uti non possit, nihil est præterеà, cujus respectu hoc Senatusconsulto juvari debeat. Neque etiam hoc præstare potest id, quod altera actio utilis, altera directa sit, cum nihil referat, utili quis an directa actione conveniatur, *l.actio de neg.gest.* potiùs igitur est, ut utraque salva manente, utraque conveniri possit. Ex quib. denique luculenter apparet, rationem hujus, quod in casu illius L. una obligatio alteram non tollat, in eo tantummodò consistere, quia utraq; principalis est, ut rectè interpretatur *Acc.ibi in verb.sed & directa, cui suffragantur communiter reliqui.* Neq; impedit, quod ante aditionem obligatio veteris debitoris efficacior fuerat, quàm mulieris, ex quo videri posset, illam tanquam plenіorē perimere hanc debere. Nam cum aditione etiam mulieris obligatio efficax reddatur, ut jam exposuimus, ipso aditionis tempore neutra alteri major vel plenior censeri, & quod consequens est, neq; una alteram tollere poterit.

Unde pulchra colligitur declaratio †doctrinę nostrę videlicet, ut una obligatio alteri plenior dicatur ad effectum confusionis non ea, quæ præcesserunt, sed ipsum aditionis tempus considerandum esse.

Secundum hæc, quæ de intellectu *d.§.si mulier*, diximus, etiam responsum JCti *in d § aliquando*, accipiendum erit de debitore mulieris intercessione liberato, atq; adeò de duabus obligationib. principalib. concurrentib. quemadmod. *post gl. plerique*, interpretantur. Neq; enim JCti propositum fuit, eò loci declarare, quando fidejussor successione liberetur, vel quando altera obligatio alteram perimat, cum de hoc in sequenti §. agat: sed ostendere duntaxat voluit, aditione interdum obligationē inanem confirmari. Consentaneum igitur est, ut potiùs casum ex aliis legib. desumtum præsupponamus, in quo utraq; obligatio potest consistere, & hinc §. illū de ejusmodi casu interpretemur (siquidem nisi utraque consisteret, frustra de confirmatione laboraremus) quàm ut inde casꝰ possit colligi, in quo contra juris rationē & reliquas LL. obligatio, quæ perimi deberet, sustineretur. Nullus enim in toto jure nostro casus dari potest, in quo utraq; obligatio æquè efficax sustineatur, quàm is, quando utraq; est principalis, meritò igitur de tali accipitur, cum hoc modo optimè conveniat cum *d.§.si mulieri*, ut una lex declaret aliam.

Caven-

30 Cavendum † itaque à Cujacio, dum *lib.15.obs. cap.11.* ex illo textu colligit, hodiè principalem obligationem non tollere fidejussoriam. Nihil enim de eo hîc agit Jurisconsultus, neque etiam ullam inter jus antiquum & hodiernum differentiam constituit. Quinimò cum in sequenti § adeò sollicitus sit, quatenus principalis tanquam major tollat fidejussoriam, non solùm verisimile non est, eum, si jus hoc correctum esset, id facturum fuisse, sed ne credibile quidem est, eum, si hoc voluisset, id ne verbo quidem monuisse. Ut vix divinare quis possit, unde in mentem venerit Cujac. quod inter jus vetus & hodiernum distinguere ausus fuerit. Frustra etiam in proposito considerat, utrum actio utilis vel directa sit.

Nam etsi non negamus restitutoriam, de qua in *d.§ si mulieri*, agitur, utilem esse, ut probatur, *in §. si convenerit, eadem l.* quamvis, tamen cum inter actionem utilem & directam ad exactionis effectum quod attinet, nulla sit differentia, *d. l. actio. de neg. gest.* & hoc loco, quando utra alteram tollat, quæritur, plurimum in eo positum sit, utrum inter eas aliqua differentia, & quæ altera major sit, manifestum est, nullam hîc in eo an utilis sit actio vel directa vim faciendam, neque etiam utilem principalem ideò minùs tollere accessoriam, quia utilis est, sed quod porrò consectarium est, omnem illius textus rationem in eo consistere, quod ut diximus, utraque actio principalis neque inter eas ulla erat differentia.

31 Ex quo etiam id, quod suprà de duabus obligationibus † ejusdem potestatis diximus, declarari & extendi poterit, ut locum habeat, etiamsi altera utilis, altera directa sit. Non enim propterea una alteri major neque in eo differre, sed ex actionis effectu considerato ejusdem potestatis esse existimabuntur, ut neutra alteram tollere possit.

Porrò, circa hoc, quod de duabus obligationibus ejusdem potestatis in eandem personam † concurrentibus 32 traditum fuit, notatu dignum est, obligationes illas tantisper durare, donec ex altera earum actum fuerit. Nam altera in judicium deducta, altera consumitur, *l. si reus h. t.* Quod tamen interpretes restringunt, ut locum duntaxat habeat in activis obligationibus, id est, quæ concurrunt in personas creditorum, secus verò in passivis sive in personis debitorum, propter *l. reus & l. fin. C. de fidejuss. & l. item illa. §. fin. de const. pec.* arguentes nimirum à duarum personarum obligationibus ad duas in eandem personam concurrentes exemplo Jurisconsulti *in d. l. si reus.* Et licet hoc ampliorem disquisitionem requirat, quia tamen non est hujus loci, sed de eo copiosè agitur *in l. 2. & in l. ex duob. de duob. reis*, eò nos remittimus.

Declarant præterea † ut tantummodò procedat in illis obligationibus, 33 quæ ab initio ejus naturæ fuerunt, ut cum ex altera actum fuerit, altera perimatur secus quando ab initio ita constiterint hæ duæ obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilominùs integra maneret. Tum enim etsi in eandem personam concurrunt, naturam suam retinent, ut *in l. si is qui Stichum. de act. & oblig.* Sed huic declarationi fortiter obstare videtur, quod JCtus *in l. non est novum. de act. emt.* in casu, quo emtor succedit alteri emtori, qui eandem rem seorsim emerat, atque ita eundem venditorem obligatum habebat, respondet, quod licet duæ in unam personam concurrant obligationes & actiones de eadem re, tamen post aditam hæreditatem una actione emtorem agere debere, ita ut per eam utriusque contractus sentiat commodum. His enim verbis videtur Jurisconsultus innuere, quod unam actionem

nem proponendo altera consumatur, cum tamen hæ duæ actiones ab initio ejus naturæ fuerint, ut altera in judicium deducta, altera nihilominùs integra maneret. Atque ita text. illum interpretatus est *Cujac. tract. 7. ad Affric. ad §. non est novum. l. hæres, de fidejuss.* verba illa (ut utriusque contractus sentiat commodum) ita explicans quasi sentiat quidem emtor utriusque contractus commodum (cum ex alterutro contractu agendo id, quod in ambos deductum est, consequatur) non autem utrumque percipiat. Hæc tamen ejus interpretatio confunditur per suprà adductam regulam *l. si is qui Stichum. de act. & obligat* qua generaliter traditur, quoties duæ obligationes initio ita constiterint, ut altera in judicium deducta altera nihilominùs integra maneret: tùm & si illi in unam personam concurrentibus ex una actum fuerit, alteram nihilominùs salvam habere actorem. Nam hîc etiamsi alter emtorum ab initio egisset, non propterea actio alterius emptoris fuisset perempta, sed hic nihilominùs jus suum persequi potuisset, consequens igitur modis omnibus est, quod etsi per successionem harum actionum concursus fiat, tamen altera instituta alteram non consumat. Idem suadet regula *l. ex promissione. de act. & obligat.* qua traditur, etsi emtor rem emtam ex alia etiam lucrativa causa nactus fuerit, eum nihilominùs integram actionem ex emto habere: quantumvis igitur rem emtam vel propria vel hæreditaria actione consecutus fuerit, nihilominùs tamen actio ex altero emtionis contractu ad Interesse competens, salva ei esse debet: cum alioqui jure ex alterutro contractu quæsito contra omnem juris rationem defraudaretur. Minimè itaque Cujacio adstipulandum.

Quod sit Jurisconsultus *in d. l. non est novum*, de iis emtoribus duobus ageret, qui duo rei emendi essent constituti, juxta *l. eundem. in princ. ubi not. Dd. de duob. reis.* intellectus iste facilè admittendus esset, cum duorum reorum obligatio hac habeat naturam, ut unius actio alteram consumat, *l. si reus de duob. reis.* Sed hoc de casu textum illum minimè intelligi posse & Cujac. admittit, & ex eo manifestum est, quod Jurisconsultus dicit, emtorem hæredem institutum antequam adeat hæreditatem propria actione experiri: deinde post aditionem hæreditariâ agere posse. Si enim duo rei fuissent, hoc neutiquam fieri potuisset, jam dicta duorum reorum natura adversante, nullo itaque modo intellectus Cujacii consistere poterit.

Interpp. verò concludunt quidem, in proposita specie unam actionem aut etiam præstationem alteram non consumere: interim tamen verba Jurisconsulti ita accipiunt, quasi velit utramque actionem tàm propriam quàm hæreditariam in uno & eodem libello proponendam esse, ita ut quod ex utroque contractu debet, uno eodemque judicio consequatur emtor: ejusque † hanc putant esse rationem: 49 ut litium multitudo minuatur, *argum. l. quidam existimaverunt, si cert. pet.* moti eo, quod Jurisconsultus *in l. hæres. §. de plurib. fam. herc.* respondet de pluribus hæreditatibus, quæ inter eosdem ex diversis causis communes sunt, unum familiæ herc. judicium sumi posse. Et quod Papin. *in l. si fratr. § si plures. pro soc.* ait: Si plures inter eosdem sint societates cõjunctæ, ad omnes societates sufficere unum judicium. Hinc enim putârunt ipsi, etiam in proposito JCtum hoc voluisse, emtorem ex utroque contractu uno & eodem libello atque judicio agere posse. Iidem tamen hoc ita accipiunt, ut reo opponente actor necesse omninò habeat, eodem judicio ex utroque contractu experiri, neque ex alterutro eorum separatim agere possit, quod si reus de eo non

non exceperit, tùm integrum ei esse putant, ut alterutra separatim agat. Quin & hanc excipiendi facultatem tùm demum reo concedit Salicet. approbante Mudæo, si actor eodem tempore utramq; actionem separatim proponat, secus si alterutra tantùm agat: quasi tùm adhuc incertum sit, utrum alteram etiam in judicium deducturus, & reum diversis judiciis fatigaturus sit, & nemo invitus agere debeat.

Illaque interpretatio probabilior redditur, siquidem eam distinctionem tenuerimus secundum quam verba hæc: *Si velit separatim duarum actionum commodo uti*, conjunctim leguntur, & tàm à præcedentibus quàm sequentibus, vel parenthesi, ut in quibusdam, vel commatum interpositione, ut in noviss. edit. separantur. Nam cum secundum hanc distinctionem Jurisconsultus hoc dicat, emtorem hæredem ab emtore institutum, si utriusque actionis commodo uti velit, debere, atque adeò necesse habere, ita rem instituere, ut ante aditam hæreditatem propria actione, post eam verò aditam hæreditaria venditorem conveniat, satis clarè innuit, post aditam hæreditatem utraque actione separatim non posse agi: sed unam tantummodò ita proponendam esse, ut per eam utriusque contractus commodum sentiat, cum præsertim & actionem Separatim, & duarum actionum commodum uni tantùm actioni & utriusque contractus commodo disertè opponat. Ex quo etiam verbum, Potest, necessitatem aliquam importabit, ut hoc loco interpretati fuerunt *gl. & Dd.* & sæpè aliàs.

Quod si eam distinctionem secuti fuerimus secundum quam verba illa: *si velit, vel commatibus*, ut in quibusdam vulgatis, vel Parenthesi, ut in Holoandri editione, à reliquis separantur, majorem res haberet dubitationem, an non in quod in sequentibus dicit Jurisconsultus, unam tantum actionem post aditam hæreditatem institui posse, arbitrio actoris relinquere potius, quàm necessitatem ei imponere voluerit. Sed cum juxta hanc distinctionem verba non satis commodè cohæreant, cum ut constet oratio, verbum Debere, ad tria sequentia membra ἀπὸ κοινοῦ referendum sit absque ulla conjunctionis adjectione, priori distinctioni magis adhærendum videtur. Non tamen propterea communis interpretatio omnem tollit difficultatem, ut non adhuc obstet regula, *d. l. is qui Stichum*. Nam cum Jurisconsultus ipsemet profiteatur, duas ex emto actiones hoc casu in persona actoris concurrere, propriam videlicet & hæreditariam, & hæ duæ obligationes initio ita constiterint, ut altera in judicium deducta, altera nihilominùs integra remaneat, certè etsi emtor propria actione egisset, hæreditaria tamen nihilominùs ei salva esse debebit: atque adeò etiam post aditam hæreditatem utramque separatim proponere poterit juxta dictam regulam. Neque etiam jura ab interpretibus adducta eorum sententiam satis clarè probant, ut propter illa à generali regula recedendum sit.

33 Etsi enim † in illis speciebus JCti hoc dicant, posse de pluribus diversis hæreditatibus uno familiæ hercisc. judicio agi: & pro societatibus pluribus unum judicium societatis sufficere, interim tamen non negant, quin etiam de qualibet & hæreditate & societate separatim diversis judiciis agi possit: quin potius hoc ipsa natura rei in judicium deductę admittere videtur. Idemque satis perspicuè docet JCtus *in d. l. hæredes. §. de pluribus.* ubi postquam dixerat de pluribus hæreditatibus unum judicium sumi posse, in §. seqq. subjungit, item si plures hæreditates inter nos communes sint, de una famil. hercisc. judicio nos experiri posse, docens nimirum, non semper necesse esse, ut in eodem judicio conjungantur, sed de qualibet

qualibet hæreditate peculiari judicio agi posse, idque longè verisimilius est, quàm quod *Mud. in d. l. non est novum.* inde colligit, ideò JCtum de unà tantùm hæreditate dixisse, quia de pluribus separatim agi non possit. Quis enim quæso sibi persuaderi patietur, eum, qui ob unam hæreditatum fam. herc. judicio egit, hoc ipso tàm duras sibi leges imponere voluisse, ut ad reliquas hæreditates quod attinet, in communione permanere cogeretur, ut ita res nondū omni scrupulo vacua sit, nisi fortè di-
36 cta regul. *l. is qui.* ad eum casum† restringenda est, quando duæ actiones diversarum specierum ex diversis causis provenientes concurrunt: ut tùm altera post alteram separatim proponi possit, secus in concursu duarum actionum, quæ ex eadem causa descendentes ejusdem speciei sunt: tùm enim una tantùm actio ita proponenda videtur, ut per eam utriusq; contractus commodum præstetur, juxta *d. l. non est novum.* ut ibi distinguit Bart. De quo tamen nihil certi nunc quidem assevero.

Notandum præterea est in casibus, quibus confusione accessoriam obliga-
37 tionem perimi diximus, illam tantùm† pro ea parte, pro qua quis hæres est, tolli: ita tamen ut si is, cujus sublata fuit confusione actio, plures cohæredes habeat, reliqui cohæredes pro hæreditariis ipsorum portionibus, non autem in solidum teneantur, *l. Lucius. de fidejuss.* (l) Idque etiam eleganti facti specie declarat JCtus *in l. si debitori. eod.* ubi respondet, si creditor debitori pro parte hæres extiterit, & eum, quem prius fidejussorem acceperat, cohæredem habuerit, quod tùm ipsius quidem portio solutione magis quàm confusione intercidat, in cohæredis verò portione tantummodò salva maneat principalis obligatio hæreditaria, sublata fidejussoria tanquam minori, ut ita principalis obligatio pro parte cohæredis tantùm salva maneat fidejussoria verò tota quidem perimatur, sed diverso respectu: pro portione enim creditoris propterea, quia principalis solutione sublata esse censetur, intercidit, pro portione cohæredis, quia duæ obligationes, quarum altera minor est, in una persona consistere non possunt, sed major minorem tollit. Atque ex his quidem, ut opinor, aliqua lux materiæ satis aliàs intricatæ accedere poterit.

Ideoque sufficiant.

ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(a) NOn tamen pignora, quæ fidejussor in suam obligationem dedit, liberantur, *l. cum quis §. final. de solut. l. debitor. ad Trebell.* de quo vide *Balduin. de pignor. cap. 20. & Anton. Fab. lib. 7. conject. cap. 18. in fin. Vincent. Carot. de excus. bon. part. 2. quæst. 17. num. 14. & seqq. Petrum Augustin. Morlam. in Empor. jur. tit. 8. quæst. 3. num. 17. vers. Etsi aliquis Zanger. de except. Bart. 3. cap. 7. nu. 7.* quem vide. *& Anton. Hering. tract. de fidejuss. cap. 20. §. 16. num. 46. & seqq.*

(b) Adde latiss. *Vincent. Carot. de excus. bonor. part. 2. quæst. 57. n. 4. cum seq.* ubi plures allegat & generaliter concludit, fidejussorem minori principali succedentem restitutionis beneficium habere.

(c) *Anton. Fab. lib. 8. conject. cap. 4. p. 75.* ait nihilominus extingui obligationem, sed creditori exceptionem dari, quod nullibi scriptum est: In effectu tamen eodem recidit.

(d) Adde *Vincent. Carot. d. quæst. 57. num. 2.*

num.2.& seqq. qui tamen se satis explicare non potuit.

(*e*) Communem pronunciat multis allegatis *Vincent.Carot. d.tract.quæst. 58.numer.4. & 16.* Distinguit *Zanger. d. tract. part.3. c.7.num.18.* inter casus, quo fidejussor debitori, aut debitor fidejussori, aut hîc creditori succedit, quem vide *& Hering. d. §. 16. numer. 25. cum seq.& plenius num 35.cum seqq.* qui & ipse communem sequitur, eaq; æquissima est. Efficit enim quidm Inventarium, ne hæres ultra vires hæreditatis teneatur, propriis autem obligationibus eum non eximit. Et quamvis confusio hæc præstare videatur, quia tamen ea etiam jure veteri tàm latè non patuit, quin si in apertum creditoris damnum tendat, ejus effectus impeditus fuerit, *l. debitor de separat.* utique in proposito idem ut observetur, ratio postulat. Aut si confusionis jure uti vult fidejussor, utatur eo ita, ut jure veteri introductum, nempe ut facultates defuncti & hæredis consolidentur, atq; adeò hæres ultra vires hæreditatis de suo teneatur.

(*f*) Idem sentit *Morla in Empor.jur. tit.8 q 3.n.22.in fin.*

(*g*) Latè *Hering. d. tract. de fidejuss. c.20.§.16 n.14.26.*

(*h*) *Vincent.Carot. d. q.57.nu 17.Hering.d.§.16.n.32.*

(*i*) *Anton. Hering in tr. de fidejuss c.20.§. 13.n.13.*

(*k*) Vide plenè *Zanger. de except. d p.3.c.7.num.*[illegible]

(*l*) *Camil. Borell. cons.31. n 46.Surd. decis. 224. numer. 21.* quem vide *Johan. Baptist. Asin. de execut. § 7. cap.78.*

QUÆSTIO XII.

CREDITOR, SI EX RE SIBI OPPIGNORATA TANTUM POSSIDEAT, UT pecuniam sibi debitam inde redigere possit, an nihilominùs vendicare posit alteram pignoris partem à secundo creditore possessam, in qua pignoris natura diligenter explicatur.

SUMMARIA.

1. *Hypothecaria non datur contra tertium possessorem nisi excusso principali. Fall. quando contra secundum possidentem pignoris agitur num. 12. & Gothofred. contra sentiens improbatur ibid.*
2. *Creditor habens generalem & specialem hypothecam, generali contra tertium uti non potest, si ex re specialiter obligata suum consequi potest. quod declaratur num.13.*
3. *Creditor eligere debet quem ex pluribus rerum pignoratarum possessoribus conveniat. Declaratur num.15.*
4. *Creditor cui certa res adjudicata est reliqua pignora persequi non potest, donec constet, an ipsi ex adjudicata possit satisfieri. Declaratur num.15.*
5. *Animo livido & invido gestis non indulgendum.*
6. *Pignoris natura est individua.*
7. *Pignus plerunq; excedit quantitatem debiti, nihilominus tamen tota res pro debito obligatur etiam in eo quod excedit.*
8. *Prior tempore potior jure. Et quid tunc secundo creditori agendum.*
9. *Pignus non aliter liberatur quàm aut solutione aut satisfactione.*

10. Cre-

10. *Creditor primus cogi non potest à secundo ut pignus vendat.*
11. *Res viliori precio æstimatur, si particulativè distrahitur.*
13. L.2.C.de pign.*declaratur.*
14. *Riminald.sen.cons.152.declaratur.*
16. *Habens generalem hypothecam, non potest à re quam semel elegit, recedere.*
17. *Creditor secundus non potest impetrare executionem in pignus priori obligatum, quamvis valor rei creditum primi longè excedat.*

Cum prædium quoddam creditori oppignoratum, alii duo creditores tempore posteriores eodem pignoris jure divisim possiderent: prior creditor possessores hosce sigillatim hypothecaria convenerat, & postquam se tempore priorem probaverat, alter possessorum, ut partem prædii à se possessam ei restitueret, condemnatus fuerat. Altero igitur hinc deinceps excipiente, prædii partem creditori priori adjudicatam, pecuniam ei debitam plurimum excedere, cumque ex illa debitum suum conficere abundè possit, propterea alteram prædii partem à se possessam non rectè illum amplius petere. Quærebatur, utrum exceptione ista tueri se posset reus, an verò nihilominùs partem etiam suam prædii oppignorati actori
(a) concedere teneatur. (a)
1 Et pro † reo urgere videbatur id, quod jure novissimo constitutum est, creditorem non nisi prius excusso principali debitore tertium pignoris possessorem convenire posse, atque adeò quotiescunque ex bonis debitoris ei potest satisfieri, contra tertium possessorem agendi facultatem non habere, *auth. sed hodiè. C. de act. & oblig. & auth. hoc ita. C. de pig.* Hinc enim non præter rationem existimare quis posset, cum in proposito actor ex altera prædii parte sibi adjudicata, atq; ita ex bonis debitoris consequi possit pecuniam sibi debitam, quod alterius partis possessorem convenire amplius nequeat. Nam secundo creditori pigus possidenti beneficium excussionis largitur, *Dionys. Gothofred. in auth. de litigios. Novell.112.c.1. §.si autem.*
2 Confirmatur hæc † opinio ex eo, quod etiam aliàs videmus, creditori, cui ex certa re sibi oppignorata satisfieri potest, integrum non esse, ut generali pignoris jure præterea sibi competente in præjudicium posterioris creditoris utatur, ut probatur *in l. 2. C.de pignor.* Ideoque etiam hisce duabus rationibus motus quasi in specie respondit *Riminal. sen. cons.152. n.26. vol.1.* Creditorem, qui ex bonis debitoris tantùm penes se habet, ut inde pecuniam suam redigere queat, reliquos possessores pignoris convenire non posse.

Accedit † his prætereà, quod communiter receptum est, quoties res pignori obligata ad diversos possessores pervenerint, quod tum eligere debeat creditor, quemnam ex possessoribus convenire velit, ut docet *Specul. de oblig. & solut. §. 1. vers. item debitor meus. Bart. in l. Moschis. de jur. fisc. & in l. creditoris. ubi etiam Fulgos. de distract. pign. Roman. cons.128. num.2. Corn. cons.137. vol.3.* Nam hoc ipso satis videntur innuere, si ab eo, quem elegit, tantùm consecutus fuerit, unde sibi satisfacere possit, quod tum reliquos pignoris possessores amplius convenire non valeat. 3

Suffragatur † etiam id, quod in casu penè simili decisum esse refert *Capyt. decis.33. & decis.46.* nimirum quod creditor, cui hypothecaria agenti certa res fuerat adjudicata, non possit alterius rei nomine agere, priusquam constet, illam, quæ adjudicata fuerat, ad solutionem ejus non sufficere. Denique sententiam hanc persuadere videtur ipsa naturalis æquitatis ratio. Nam cum actor tantùm obtineat, ut inde pecuniam suam possit consequi, iniquum certè quis existimaverit, cum potiùs alteri parti à posteriori creditore possessæ in maximum hujus detrimentum inhiare, quàm in parte jam adepta jure suo 4

suo absq; dispendio alterius uti velle:
5 cum † istud ex invido ac livido duntaxat animo proficisci videatur; cui certè minimè indulgendum, *arg. l. cæterum. de usu & hab. l. opus de op publ. l. un. C. de thesaur. lib. 10.*

Hisce tamen non obstantibus, pro actore contra reum judicandum esse existimavi. Cujus sententiæ ratio, ut rectius demonstretur, ipsa pignoris natura consideranda nobis est.

6 Primò, † hæc est pignoris natura, ut sit individua quemadmodum disertis verbis respondet Jurisconsultus *in l. rem hæreditariam. de evict.* cujus rationem eleganter explicat *Balduin. de pign. cap. 14.* ex hoc ipso pignus comparans servitutibus, de quibus communi Dd. schola approbante dixit *Bart. in l. stipulationes non dividuntur 3. oppos. de verbor. oblig. & in l. si cui. de servit. quem refert Cæpol. de servit. rustic. prædior. tit. de aquæd. num. 13.* illas esse tanquam animã in animali; quæ ex Philosophorum scitu tota in toto est, & tota in qualibet ejus parte. Id enim ad pignoris jus non minùs rectè transferri
(b) potest, (b) cujus ea est ratio, ut totum pro toto debito, totum pro qualibet parte debiti, & rursus quælibet ejus pars pro toto debito teneatur, neque adeò ostendi possit, quænam pars pro hac debiti parte, quæ verò pro alia magis sit obligata, *arg. l. 3. §. fin. qui potior in pignor.* Idque multis exemplis comprobari potest. Nam ex hac individua pignoris natura descendit; ut quamvis defuncto creditore, multis relictis hæredibus, actio quidem personalis ipsumque creditum inter eos dividatur, *ex l. 12. tab.* pignus tamen cuilibet hæredum pro sua crediti portione totum teneatur, *l. 1. C. si unus ex pluribus hæredib.* Id quod etiam ex parte hæ-
(c) dum debitoris, *l. 2. C. eod. tit.* obtinet. (c) Hinc fit, ut quamvis parte debiti soluta obligationis pars extinguatur, pignoris tamen obligatio pro debiti parte residua maneat integra, nec nisi toto debito soluto tollatur, *l. quamdiu C. de distract. pign. l. si rem. §. omnis. de pignorat. action.* Neq; refert, an una duntaxat res pignori obligata fuerit, an verò plures. Hæ enim omnes, cum in unam indivisam pignoris causam deductæ fuerint, parte debiti soluta, non minùs pro residuo obligatæ maneat; quàm si una tantùm res oppignorata fuisset, *l. qui pignori. de pign.* (d)

Hinc etiam evenit, ut si quis com- (d)
munis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione facta cum socio, non utique ea pars creditori obligata sit, quæ debitori oppignoranti obtigit, sed utriusq; pars pro indiviso maneat obligata, *l. si consenserit. § fin. quib. mod. pign. vel hypothec. solvat. l. si quis putans. §. si fundus. commun. divid.* quantumvis alias debitor personali actione pro ea tantùm parte, quæ sibi ex divisione cessit, conveniri queat, *l. communi dividundo. §. si debitor. com. divid. l. Julianus, §. idem Celsus. de act. emt.* Unde simul apparet, hanc individuam pignoris naturam divisione rei obligatæ postea secuta nequaquam tolli aut immutari. Et hanc pignoris naturam ejusque rationem pluribus explicat *Molinæus de divid. & indivis. obligat. part. 3. nu. 25. & seqq.*

Deinde † in pignore hoc etiam 7
observari solet, ut in re una vel pluribus quantitatem debiti plurimum excedentibus jure constitui posset, (e) neq; (e)
tamen propterea minùs in omnibus illis rebus individuum pignoris jus consistit, ut est text. *in l. quærebatur, qui potior. in pignor.* dum ibi Jurisconsultus loquitur de pignore, in cujus pretio quadraginta plus erant, quàm in credito, *not. gloss. & Dd. in d. l. quamdiu. C. de distractione pignor.* inde concludentes, etiam pignus majoris pretii pro minori debito distrahi posse, modò bona fide creditor agat, & residuum debitori reddat, ut probatur etiam in *l. quamvis. §. final. cum l. sequent. de pignor. action. l. si necessarius. §. si unus eod.*

Ideoque

Ideoque creditoris arbitrio permissum esse, ut ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum possit pervenire, respondet Jurisconsultus *in l. crediteris de pignoribus.* hoc ipso satis perspicuè docens, in omnibus illis rebus etiam debiti quantitatem excedentibus, pignoris jus constituisse. Et confirmatur ex eo, quod paulò antè diximus, etiam debiti parte soluta, nihilominùs pro residuo totum pignus obligatum manere, quantumvis debiti quantitatem superet.

Præsertim verò nulla æstimationis ratio duci solet, quando creditor jus suum pignoris persequendo hypothecaria istud vendicat à tertio possessore. Nam cum hypothecaria nudam tantùm possessionem avocet, *l. si cum venditor. de eviction. l. si debitor. in fin. de pignoribus.* in hac pignoris vendicatione tantùm consideratur, an possideat reus, *l. si fundus.* §. *in vendicatione de pignoribus.* non attento præthereà quantum fuerit debitum, usque eò, ut quando propterea quia pignoris restituendi facultatem non habet reus, lis adversus eum æstimanda est, non solùm quanti debet principalis, sed & quanti res oppignorata pluris fuerit, æstimatio facienda sit, *l. si inter. de pignor. text. gloss. & ibi not. Bartol. Salicet. & alii in l. si fundus.* §. *in venditione. eod. tit.* Quod ipsum vel invitos fateri cogit, licet pignus pretiosius sit summa credita, tamen in persecutione ejus non tàm analogiam sive proportionem valoris, pignoris ad summam creditam, quàm hoc tantùm, an res illa pro summa aliqua credita obligata sit, considerari. Dixi in persecutione pignoris, de qua etjam hîc agitur, nam cum ad luitionem vel à debitore ipso, vel ab alio faciendam devenitur, non negaverim, debiti quantitatem potissimùm inspici debere, *l. communi.* §. *inter eos. com. div. cum multis similibus.*

8 Tertiò, in † pignoribus regulare est, ut qui prior est tempore, potior sit jure, atque adeò in obtinendo pignore & distrahendi facultate posterioribus creditoribus præferri soleat, *l. potior. in princ. qui potior. in pignor. l. diversis C. eod. tit.* non solùm quatenus pignus credito respondet, sed & in eo quod excedit. Nam etiam in eo, quo pignus debiti sui quantitatem superat, prioris creditoris prior causa est, ut totum pignus persequi & distrahere, & secundus creditor eum hoc nomine minimè interpellare, neque jus suum posterius ulla ratione persequi possit, nisi oblato debito, ut probatur *in l. prior. & in l. diversis. & in l. cum tibi. C. qui potior. in pignor. & in l. final. C. si antiq. credit pign. vendit. & clarius in d. l. quærebatur. qui potior. in pignor.* Nam ibi in pignoris pretio quadraginta plus erant, quàm in credito, neq; tamen secundus creditor illa quadraginta consequi potest aliter, quàm oblata summa primo ordine credita.

Ad idem est textus *in l. 2. eod. tit. qui potior.* ubi, cui generaliter bona debitoris obligata fuerant, potior habetur eo, cui postea prædium pignori datum fuerat, quantumvis ex cæteris bonis debitoris pecuniam suam redigere posset, atq; adeò hoc respectu prædium ultra debiti quantitatem ex aliis bonis redigendam ei superesset. Arbitrio enim creditoris permittitur, quam rem velit eligere, *l. creditoris. de pignorib.* Idque confirmatur ex eo, quod paulò antè dictum fuit, pignoris naturam individuam, neque unam ejus partem magis quàm alteram, obligatam censeri, usque eò, ut parte debiti soluta totum pignus pro residuo nihilominùs obligatum maneat. Nam vel hinc evidens est, nullam hoc casu inter pignus, quatenus æquivalet credito & quatenus excedit, admittendam esse distinctionem, sed priorem creditorem in toto pignore individuam causam habentem secundo creditori præferendum esse, *argum. l. cum. amplius 84. & quæ ibi not. Dd. de reg. jur.* Neque etiam hoc casu quicquam refert, utrum secundus creditor

ditor possideat rem nec ne. Nam in pignore placet, si prior convenerit de pignore licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem, ut ait Jurisconsultus *in l. si prior. §. fin. qui potior.*
(f) *in pign.* (f) Ne tamen propterea in damno sint posteriores creditores, hoc ipsis LL. indultum est remedium, ut debitum offerendo priori pignus redimant, atq; ita confirment jus suum, *l. is & l. prior. C. qui potior. in pign.* Quod quidem ipsum satis declarat jura, quæ potiorē in pignore faciunt eum, qui prior contraxit, de eo pignore intelligenda esse, quod quantitatem crediti plurimum excedat. Nam cum secundo creditori pignus suum in eadem re tempore posterius confirmare volenti consilium & facultatem offerendi dent, & hac ratione eum non tantùm de pecunia ab ipso initio credita, sed & de ea, quam juris sui firmandi causa priori obtulit, securum reddant, certè necessariò præsupponunt, pignus, quod priori in totum secundo obstanti, obligatum est, quantitatem prioris crediti adeò excedere, ut superfluum illud vel posterioris credito æquivalens sit, vel certè ad solutionem ejus aliqua ex parte sufficiat. Nam hoc non præsupposito frustrà de oblatione laboraremus. Neq; enim tàm fatuus posterior creditor existimandus est, ut plus etjam erogare velit pro debitore suo, cum ne eam quidem summam, quam anteà credidit, consequi possit. Si enim res priori pignorata vix creditum istud prius æquaret: quomodo posteriori redimenti pro utraque summa cautum in ea esset. Quanquam enim id, quod priori creditori obtulisset, ex re ad se translata redigere posset, tamen de pecunia anteà debita nihilominùs periclitaretur. Atque ita oblatio ad finem, ob quem introducta est, nequaquam perveniret. Apparet itaque, quamvis pignus tàm preciosum sit, ut tàm prioris quàm posterioris pecunia ex eo redigi possit, tamen ex eo minimè concursum utriusque creditoris admitti, sed vel solum priorem totum possidere, vel alterum, remoto per oblationem debiti priore, id totum ad se transferre debere.

9 Deniq; † sciendum pignoris hanc esse conditionem, ut obligatum maneat, donec soluta pecunia aut satisfactum sit, *l. Grege. §. etiamsi de pignoribus.* & solutione quidem etiam invito creditore liberatur pignus: satisfactio autem præter ejus voluntatem non admittitur, etiamsi offeratur satisdatio, *l. item liberatur. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. solvat.*

Quæ de pignoris natura generaliter hactenus diximus, si ad propositam facti speciem aptabuntur, facilè inde poteris dijudicari, exceptionem à reo objectam nullo jure subnixam, contra verò actoris intentionem optimis rationibus fundatam esse. Certum est enim, actori non aliquam duntaxat prædii partem, sed istud totum & quidem longè ante reum possessorem pignori obligatum, atque adeò eundem ex hoc ipso individuum jus pignoris in prædio ita consecutum fuisse, ut pars à reo possessa pro toto debito non minùs obligata sit, quàm illa, quæ jam adjudicata fuit. Consequens est igitur, cum utpote tempore priorem hanc etiam pignoris partem optimo jure persequi posse: Cum pignus non sit, cujus non est persecutio, *l. si noxale. de noxale action.* Nec quicquam refert, quod alteram partem per sententiam jam obtinuerit. Nam etsi ex eo pecuniam suam redigere posset: quia tamen pignus non nisi solutione vel satisfactione liberatur, solutio verò in proposito etiamnum facta nulla sit, & creditori præter voluntatem satisfactio aliqua obtrudi nequeat, neque etiam actor in proposito hac prædii parte satisfieri sibi patiatur, sed pignori incumbere malit: utique in aperto est, alteram prædii partem à reo possessam pignoris nexu

QQQ mini-

minimè liberatam, atque propterea ejus persecutionem integram actori adhuc esse, *d.l.Grege.§.etiamsi de pignor. & in d.l.item liberatur.§.1.quib. mod. pig. vel hypoth.*

10 Nec † etiam primus creditor à secundo invitus cogi potest, ut prædii partem, quam habet, vendat, atque hac ratione creditum suum consequatur, *ut not. Jason. & Dd. in l. à divo Pio. §.sed & illud. de re judic.& satis probatur ex l. cum tibi. C. qui potior. in pign.* ubi rescripserunt Imper. secundum creditorem nulla ratione jus suum persequi posse, nisi offerendo debitum, & in hanc sententiam etiam secundum creditorem omninò nihil aliud juris habere, nisi ut solvat priori, & loco ejus succedat, disertis verbis respondet Jurisconsultus *in l. si prior. §. si tertius. qui potior. in pignor.* (g)

(g) Et licet si alteram etiam prædii partem obtineret primus creditor, pignus longè excederet crediti quantitatem: abundè tamen ostensum est, permissum esse creditori, ut pignus multò preciosius summa credita accipiat, atque hac ratione plenius sibi prospiciat: & hoc facto priorem creditorem non in eo solùm, quatenus pignus respondet credito, sed & in eo, quod excedit, potiorem esse secundo.

Cum præsertim hîc non de solutione debiti quæratur, sed de possessione duntaxat pignoris, *d.l.si cum venditor. de evict.* quod sive plus sive minus sit re debita, pignus tamen est. Neque etiam hoc casu ullam justam conquerendi causam habet reus, cum indultum sit ei, ut offerendo debitum priori, jus suum pignoris confirmet, *d.l. 1. C.qui potior.in pignor.* Contra verò actoris causa durior redderetur, si quidem altera duntaxat parte prædii contentus esse cogeretur: cum pars prædii, propter lites ex communione oriri solitas non ita facilè distrahi possit, atque totum prædium, & ex ipsa †

11 particulare distractione res viliori precio æstimari soleat, *Menoch. consil. 358. num.29.* potiùs igitur reus sibi concesso remedio utatur, quàm ut actori jus suum quæsitum auferat, *contra l. id quod nostram de reg.jur.*

Non † obstant his quæ in principio fuerunt considerata. Nam excussio, quam requirit *authent. hoc si debitor. & authent. hodiè.* tùm demum necessaria est, quando tertius pignus possidet nomine proprio. At quando secundus creditor pignus obtinet, quia tum non proprio, sed debitoris potiùs nomine possidet, *l. pignori. de usucapion. l. qui pignoris. de acquirend. possess.* atque imaginem debitoris obtinet, ut ait textus *in l. cum notissimi. §. sed cum illud. C. de præscript. 30. annor.* & propterea id, quod creditor agit in pignore, pro eo habendum sit, ac si debitor per Procuratorem egisset, ut loquitur jurisconsultus *in l. si pignori. famil. hercisc.* certè hic conventus à priore creditore excussionis beneficio, se non magis tueri poterit, quàm ipse debitor: ut per rationem istam docuit *Alberic. de Rosat. in d. authent. sed hodiè.* Idque confirmatur præterea ex eo, quod uterque creditor tàm primus quàm secundus eodem pignoris jure nituntur. Nam cum juris hujus ea sit natura, ut qui prior est tempore, semper sit potior, non considerato utet possideat nec ne, *l. si prior. §. fin. qui potior. in pignor.* atque adeò jus prioris penitùs absorbeat jus secundi possidentis: Frustrà certè is, qui nullo jure possidet, de excussione opponeret. Cum præsertim hîc de avocanda possessione tantùm agatur, & hypothecaria ad id competat, ut creditor pignoris possessionem consequatur; *l. si cum venditor, de evict. l. si debitor. in fin. de pign. l. si fundus. §. in vendicatione de pignor.* Nam vel hinc apparet, sola possessione secundum creditorem contra priorem tueri sese non posse: Quod si aliter observaremus, non solùm maxima sequeretur

jurium

jurium correctio, quæ tamen vitanda potiùs, *l. præcipimus, in fin. C. de appell. l. 1. C. de inoff. test. l. generaliter. de reb. cred.* sed etiam in facultate secundi creditoris esset, ut occupando pignus jus prioris creditoris diminuere possit, quod quia iniquum, minimè admittendum. Non igitur audiendus est *Gothofred. auth. sed hodiè*, etiam ad posteriorem creditorem possidentem accommodans, dùm statuit, si generalis creditor anterior tempore pignus speciale posteriori creditori evincat, cogendum eum prius excutere cætera bona debitoris, *per d. auth. hoc si debitor*. Cum enim hoc manifestè sit contra text. *in l. qui generaliter 1. qui potior & hic text. nec per l. 2. C. eod. nec per d. auth. hoc si debitor*, neque per ulla alia jura correctus reperiatur, nostrum non est eam correctionem inducere, maximè cùm communiter pro nō correcto habeatur, omnesque concludant, quod ne quidem si uni specialiter obligata res sit, præjudicium fiat priori, qui eam rem in genere obligatam habet, quamvis ex aliis rebus pecuniam suam redigere possit, ut ultra eos, qui ordinariè pignoris materiam tractârunt, tenent Dd. infra allegandi. (*h*)

(*h*)

13 Textus † verò *in l. 2. C. de pign.* eo de casu duntaxat loquitur, quando quis ultra generalem hypothecam etiam speciali pignore sibi prospexit, & propterea peculiari quadam æquitatis ratione requirit speciale pignus prius excutiendum esse, non igitur ad alios casus extendendus, sed ad illam duntaxat facti speciem restringendus erit, usque eò, ut illi locus non sit, quando quis duntaxat generalem hypothecam habet sine speciali, tum enim creditor hoc suo pignoris jure etiam contra eum, cui res aliqua deinde speciatim oppignorata fuit, uti poterit, etiamsi ex cæteris debitoris bonis pecuniam suam redigere queat, ut est text. *in d. l. 2. ff. qui potior. in pignor.* per quem hoc tradunt utrobiq; *Dd. & Socin. sen. cons. 189. vol. 2. Paris. cons. 50. vol. 1. Cæphal. cons. 135. nu. 22. Nicol. Everhard. cons. 204. per tot. Negusant. de pignor. 5. part. memb. 2. ad fin. Didac. lib. 3. variar. resolut. cap. 18. Cacheran. decis. pedem. 159.* qui omnes textum *in d. l. 2. C. de pignor.* tanquam exorbitantem extra casum, de quo loquitur, minimè extendendum esse, uno ore concludunt, eundem pluribus declarantes, ut in sequenti quæstione videbimus. Atque hinc etiam non ita generaliter † adstipulandum erit, *Riminald sen. cons. 152. n. 26.* sed potiùs decisio ejus restringenda ad eos possessores, qui bona debitoris non pignoris jure, sed alio titulo possident. 14

Quod † verò communiter traditum est, quoties bona debitoris ad plures possessores pervenerunt, creditorem eligere debere, quem ex eis convenire velit, hanc habet sententiam, ne cogatur quemlibet pro rata tantùm portionis possessæ crediti nomine convenire: sed à quolibet eorum integram summam exigere possit. (*i*) Neque sanè mirum, cum ut suprà dictum est, pignoris causa indivisa sit, & quælibet ejus pars pro toto debito obligata sit. Interim tamen Interpretes hoc asserentes non negant, quin si creditoris intersit, & omnes possessores pignoris simul convenire malit, hoc ei integrum sit. Sicut nec ex eo, *quod in l. creditoris. de distract. pignor.* Jurisconsultus respondet, in arbitrio creditoris esse, ut ex pignoribus sibi obligans quæ velit, distrahat, sequitur, eum, si sua interesse putaverit, non omnia pignora vendere posse, per ea quæ suprà fuerunt firmata. Præterea Dd. de iis possessoribus loquuntur, qui nomine proprio rem obtinent, quorum diversam esse rationem à secundo creditore pignoris jure possidentem jam demonstratum est. 15 (*i*)

Capyt. autem † eo de casu loquitur, quando is qui generalem habet hypothecam, unam aliquam rem debitoris elegit, atque illam vendicavit à 16

possessore, & considerat potissimùm, quod cum semel elegerit, non amplius variare, neque aliam rem vendicare possit, nisi prius excussa ea, quæ adjudicata fuerat. In proposito autem unum duntaxat prædium & quidem totum oppignoratum fuit, non itaq; hîc potest cadere electionis sive variationis consideratio, sed creditor de uno duntaxat pignore & quidem toto consequendo laborat. Quinimò tantùm abest, ut creditor unam tantùm partem elegisse videatur, ut utrumq; possessorem eodē tempore licet diversis actionibus convenerit, atque hoc ipso satis testatum fecerit, se non nisi toto pignore contentum fore. Ad æquitatis denique considerationem abundè responsum est suprà. Nam cum creditori jura concedant, ut pignus etiam preciosius debito accipere possit, certè hoc suo jure si utatur, nemini censetur facere injuriam. Contra verò cum permissum sit secundo creditori, ut debitum offerendo priori debitori jus suum pignoris confirmet, longè hic faceret iniquius, si repudiato remedio sibi indulto, juri prioris inhiaret, idq; ei præter ipsius voluntatem auferre vel diminuere vellet: Secundum hæc itaque pro actore contra reum in judicio appellationis judicatum fuit. Porrò ex iis, quæ hactenus firmavimus, notatu dignum est, quod si priori creditori cautum sit, pignore creditum suum plurimum excedente, non tamen propterea à secundis creditoribus molestia ei exhiberi possit. Videmus enim indies, creditores posteriores in id, quod pignus priori datum summam ejus excedit, executionem impetrare cum maximo creditorum priorum dispendio, cum tamen invitis prioribus id jure fieri nequeat. Nulla enim ratione posteriores jus suum persequi possunt, nisi oblato debito, *ut ait text. in l. cum tibi. C qui potior. in pig. cum aliis suprà adductis.* Discant igitur hinc priores creditores, quemadmodum jus suum contra posteriores tueri debeant. (*k*)



ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(*a*) EAndem quæstionem tangit & in decisione cum his consentit *Petr. Heigius quæst. 6. n. 26. part. 2.*

(*b*) Quemadmodum id transfert *Cevallos in opin. com. cont. commun. quæst. 76. n. 26. & seqq.*

(*c*) Et omni alio in casu quo debitum dividitur, *Bart. Socin. cons. 135. nu. 2. lib. 1. Cravett. cons. 77. n. 15. latis. Cevall. d. quæst. 76. n. 15. & seqq.*

(*d*) *Surd. decis. 44. num. 7.*

(*e*) Quotidiana experientia docet, pignora magis communiter dari majoris valoris, quàm sit creditum, non tantùm, quando contrahitur cum fœneratoribus, sed etiam cum aliis, qui non sunt fœneratores, ut ait *Joan. Baptist. Plot. in l si quando n. 488. C. Unde vi,* & ante eum *Jas. in l. qui Romæ n. 26. de verb. oblig.*

(*f*) Adde *Gail. lib. 2. obs. 92. n. 5.* ubi ait, naturam actionis hypothecariæ esse, ut per eam avocentur omnia bona, etiamsi decuplo plus debito valeant.

(*g*) Adde *Heig. d. quæst. 6. n. 1. & 16. cum seqq. part. 2.* vide tamen *numer. 52.* ubi id limitare videtur minùs rectè, nisi de creditoribus chirographariis aut pignore judiciali intelligas.

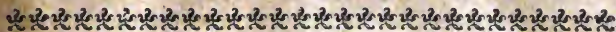
(*h*) Cavendum itaq; etiam à domino Joan. Koppen, qui contrarium

statuit

statuit *q.62. n.14.* neque text. ab eo allegatus hoc probat, cum loquatur de pupillo, qui de suo solvit creditori hæreditario & postea ab hæreditate abstinet.

(*i*) *Fachin. lib. 2. controvers. c. 46.* post alios quos allegat.

(*k*) Adde omninò *Anton. Fabr. de error. pragmat. error. 4. decad. 1.*



QUÆSTIO XIII

CREDITOR, QUI SPECIALEM ET GENERALEM HYPOTHECAM SIMUL habet, an & quando specialem excutere teneatur, priusquam generali utatur. Et de intellectu *l. quamvis 2. C. de pignor. & l. qui generaliter 2. qui potior. in pignor.*

SUMMARIA.

1. *Creditor qui specialem & generalem hypothecam simul habet, excutere debet specialem, priusquam ad generalem deveniat, sive debitor ipse sive extraneus specialem hypothecam possideat, & secundus creditor sese interponat numer. 6. cujus affertur ex Dd. ratio num. 3.*

Fall. quando agitur citra possessorem extraneum, qui creditor non esset, numer. 4. reprobatur, num. 9. & nu. 12. item si agitur contra ipsum debitorem aut hæredem ejus ex sententia Dd. num. 5. quæ reprobatur num. 8. 9. & num. 12. & 19. Nec refert, utrum generalis ante vel post specialem constituta sit, num. 13. neq. an pignus secundo creditori traditum sit nec ne, nu. 14. neq. an posterior creditor generalem vel speoialem hypothecam habeat, num. 15.

Ampl. licet specialis generali conjuncta non contineatur sub generali, nu. 16.

Ampl. ut procedat etiam in hypotheca privilegiata, utputa dotis, num. 17.

Fall. quando specialis accepta est cum protestatione, num. 20.

2. *Hypotheca generalis conjuncta speciali, differt à generali tantùm.*

6. Glos. in l. quamvis 2. C. de pign. *declaratur.*

L. quamvis 2. C. de pign. *est exorbitans, nec extendenda. ibi. Hoc amplius declaratur num. 7.*

10. L. qui generaliter in fin. qui potior. in pignor. *vera lectio quæ sit, ostenditur, & quomodo differat à l. 2. C. de* pignoribus, *num. 11.*

18. *Creditor primus habens hypothecam generalem latiorem quàm secundus non cogitur excutere res, in quibus hypotheca sua latius patet quàm secundi.*

21. *Pignus in dubio præsumitur idoneum, etsi conjunctum habeat generalem hypothecam bonorum.*

IN prædente quæstione facta mentio fuit *l. quamvis quæ est. 2. C. de pign.* Quia verò textus ille materiam continet quotidianam, neq; tamen caret difficultate, præsertim si conferatur cum responso Papiniani *in l. qui generaliter 2. ff. qui potior. in pignor.* de utriusq; intellectu paucis agemus.

Summatim autem † in hanc sententiam rescripserunt Imperatores, creditorem, qui specialem & generalem hypothecam simul habet, ante omnia specialem excutere debere, & si ex hac universum debitum redigere queat, generali uti non posse. 1

Differt igitur † generalis & specialis simul 2

simul à sola generali. Nam qui bona debitoris generaliter tantùm obligata habet, quamcunq; voluerit rem, eligere poterit, *l. creditoris de distract. pignor.* usque eò, ut si elegerit rem, quæ deinde alteri specialiter obligata fuit, huic veluti prior tempore, etiam in re ista præferatur, ut probatur *in l. si generaliter. C. qui potior. in pign.* Neque enim hoc casu locus esse potest vulgatæ juris regulæ, quæ docet, generi per speciem derogari, *c. in toto de reg. jur. in 6.* Cum in potestate debitoris situm non sit, ut secundo creditori rem specialiter obligando priori jus ex generali hypotheca quæsitum auferat, quemadmodum declarat *Fulgos. in d. l. qui generaliter. 2. ff.*
(4) *qui potior. in pign.* (a) Idem de sola generali, quod ea quis contra posteriorem, cui res speciatim fuit obligata, pro libito possit uti, respondet Papinianus *in d. l. qui generaliter. 2. in princ.* addens hoc locum habere, etiamsi prior creditor ex cæteris bonis generaliter obligatis pecuniam suam redigere possit. Non itaque principium hujus responsi quippiam adversatur rescripto Impp. *in d. l. quamvis 2.* ut propterea alterum ad æquitatem tantùm, alterum ad juris rigorem respexisse, conciliationis gratia dicendum sit, quemadmodum opinati sunt aliqui, quos refert *Accurs. ibi.* sed ut rectius idem existimat, de speciebus penitùs diversis ac separatis potiùs loquuntur, videlicet Jurisconsultus de sola generali hypotheca, quæ electionem tribuit creditori: Impp. verò de speciali cum generali conjuncta, quæ facit, ut nisi illa excussa ad generalem perveniri non possit.

3 Et †hoc quidem, ut specialis prius excutienda sit, æquitatis quadam ratione receptum esse, ex eo satis constat, quod textus ait, creditorem, qui prior generalem hypothecam accepit, æquale jus in omnibus habere, sed jurisdictionem temperandam esse. In quo verò æquitatis hujus ratio consistat, dictu non ita proclive est. Non enim videtur illa ex eo desumi posse, quasi is, qui tàm speciali quàm generali hypotheca sibi cavet, generalem in eum demum casum, quo ex speciali creditum non posset consequi, atq; adeò in subsidium acceperit, quemadmodum in posteriore specie, *d. l. qui generaliter 2. ff. qui potior. in pignor.* Nam huc si respexissent Impp. prior creditor æquale jus in omnibus rebus debitoris non haberet, quod tamen dilucidè iidem asserunt: neque etiam secundus creditor, pignore speciali prioris idoneo existente, in reliquis rebus potior priore, sed solus haberetur, ut ait JCtus *in d. l. 2. ff. qui potior.* cujus contrarium denotant *Impp. in rescripto.*

Interpretes igitur omnem æquitatis hujus rationem ex consideratione præjudicii, quod alioqui in secundum creditorem redundaret, profectam arbitrantur, & ideò secundo creditori hoc, ut creditor prior teneatur excutere specialem hypothecam, indultum arbitrantur, ne si anterior, prætermissa speciali, generali uteretur pignore, posterior damno afficeretur, ut post alios declarat *Didacus libr. 3. variar. resolut. cap. 18. numer. 2. versicul. septimò constat.* Quam considerationem adjuvare videtur, quod Impp. *in d. l. quamvis 2.* rescribentes ad ipsum secundum creditorem sermonem dirigunt, & ei quæ postea pignori accepit interim auferenda non esse statuunt. His enim verbis innuunt, se ipsius posterioris creditoris respectum habuisse.

Atque hinc † deducunt Interpretes, huic rescripto locum non esse, quando priori res esset cum extraneo rem debitoris possidente, qui tamen non esset creditor: Nam hujus extranei respectu non teneretur creditor excutere rem specialiter oppignoratam, sed posset eligere rem generaliter obligatam & ab extraneo possessam, ita sentit *Socin. consil. 108. in fin. vol. 2. quod est repetitum consil. 75.*

consil.75.volum.4. & sequitur *Negusant. de pignoribus. 5.part.princ.2. membr. in fin. & in 4.part.princip. membr.1. num.20. Paris.cons.50.num.20. volum.1. Didacus in d.loco vers.quintò animadvertendum.* (b)
(b) Quod tamen intelligendum, quando debitor specialem illam hypothecam vel alia bona non possideret, unde creditori posset satisfieri, nam alioqui non tàm ob dispositionem *d.l. quamvis 2.* quàm propter excussionis beneficium novo jure introductum, prius excutiendus esset debitor, *auth.hoc si debitor.C. de pignorib.*

5 Ex † hoc etiam receptum est, ut *d. l. quamvis. C. de pignoribus*, non procedere existimetur, quando adversus debitorem ipsum vel hæredes ejus creditor agit hypothecaria, tum enim ex rebus generaliter obligatis quamlibet rem eligere potest, non discussa prius re specialiter obligata, ut docuit *Molin. in consuetudinib. Paris.tit.1. §.11. numer.13.* & post eum *Didacus in d. loco vers.sexto à proximo. Mudæus de pignorib. tit. quib. mod. pign. vel hypothec. solv.*
(c) *num.89.* (c)

6 Neque impedit, quod † *glos. in d. l. quamvis 2.* scriptum reliquerit, illi rescripto locum esse, sive debitor sive extraneus possideat, quod etiam communiter sequuntur Dd. ibi. Est enim hoc ita intelligendum, si debitore vel extraneo possidente inter priorem & posteriorem creditorem controversia est, uter altero sit potior, tùm enim quia ad utrumque casum accommodari potest ratio ab Interpretibus considerata, non mirum, cur utrobique idem jus statuatur, quemadmodum rectè declarat *Negusant. in d. 8.part. princip.membr.1. nu-*
(d) *mer.20.* (d)

Denique ex ratione ista generaliter concludunt Interpretes, textum *in d. l. quamvis 2.* exorbitantem esse, ac propterea extra casum, de quo loquitur, videlicet, quando inter priorem & posteriorem creditorem de prioritate controversia incidit, non extendendum, *ut post Dd.ibi ait Socin.in d.cons.198.& Negusant.in d.loco.*

Sed † circa rationem hanc, & quę inde colligunt Dd. advertendum, quia non omni ex parte satisfacit. Non enim ostendit, cur tum, quando prior creditor specialem hypothecam cum generali conjunctam habet, magis æquum sit, ut præjudicium posterioris creditoris consideretur, & eidem consulatur, quàm quando priori generalis tantùm competit. Corneus quidem *cons.246.numer.14.volum.1.* id inde provenire existimat, quia specialis hypotheca plus juris affert, *argument. c. generi.de reg. jur.in 6.* Cumque is, cui generali & speciali prospectum est, in re specialiter obligata, duplicem habeat obligationem, & duo vincula fortius astringant, quàm unum, *auth. itaque commun. utriusque judic.* hinc æquius esse putat, ut creditor illam, de qua ultra generalem hypothecam specialiter sibi providit, & in qua propterea plus juris habet, eligere & excutere prius teneatur, cui adstipulatur *Negusant. in d. membr. 2.part.5. princip. in fin.* Verùm neque hæc consideratio omnem difficultatem tollit. Nam cum species derogare generi soleat, atque propterea per specialem hypothecam à generali quodammodò recessum videatur, duplicis vinculi in proposito non rectè habetur ratio, neque etiam satis æquum est, ut quis propterea, quia in una re magis sibi cautum esse voluit, suo jure quod in rebus aliis simul quæsitum habent, minùs uti possit. Ad augmentum enim inducta diminutionem operari non debent, *l. cum tale. §. fin. de condit. & demonstrat. l. ex facto. de hær. instit. l. legata inutiliter. de adim. leg.* Præterea ratio illa generalis est, non solùm ad eum casum, quando inter priorem & posteriorem creditorem res agitur, sed & ad omnes pertinens, Quare si hæc illius textus esset ratio, is ex illa non ad eum

duntaxat casum, de quo diximus, restringendus, sed generaliter intelligendus esset, & quod consequens est, communis interpretatio penitùs destrueretur.

8 Quinimò † rem ita se habere & constitutionem *d. l. quamvis 2.* generaliter & tum etiam procedere, quando creditori cum debitore res est, dilucidè probatur *in l. quæ specialiter. C. de distract. pignor.* Quæ specialiter (ajunt Impp.) vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionum, bona fide debetis & solenniter vendere. Ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quod si quid deerit, non prohibemini cætera etiam bona jure conventionis consequi. Ecce non solùm nullam posterioris creditoris, cum quo de prioritate contenderet primus, mentionem faciunt, sed etiam his verbis (*debitoribus detrectantibus solutionem*) satis denotant, cum ipsis debitoribus hîc agi, & horum potissimùm respectu rem ita definiri, quod tum demum ad bona generaliter hypothecata perveniri queat, quando venditis iis, quæ specialiter obligata fuerunt, apparet, inde debitum redigi non posse.

Nam in hisce finalibus verbis de generali hypotheca agi, denotant, non solùm illa verba: *Cætera bona*, quæ & de generali hypotheca plerunque usurpari solent, ut paulò pòst dicemus, & hypothecam nisi haberent creditores, non tàm bona consequi, quàm ipsum debitorem personali tantùm actione convenire possent, sed etiam apparet ex eo, quod de jure conventionis dicitur. Nisi enim hoc de pignoris conventione accipiatur, illa non ipsa bona, sed debitoris tantùm personam afficeret, quemadmodum etiam interpretantur *Dd. ibi.* Nec refert, quod quidam ut objectum hoc vitent, textum *in hac l. hac specialiter.* putant secundum *d. l. quamvis 2.* intelligendum esse eo de casu, quando alii creditores adsunt, ut senserunt *Salicet. & Fulgos. ibi.* Nam ut dictum est, textus ille nullam posterioris creditoris rationem ducit, sed tantummodò ad ipsum debitorem detrectantem solutionem respectum habet. Minùs etiam convenit, quod *Alberic. de Rosat. d. l. quæ specialiter.* restringit ad illam speciem, de qua *in l. 2. ff. qui potior. in pignor.* agitur, videlicet quando cætera bona sub conditione, si ex specialiter obligatis pecunia redigi non posset, oblgata sunt. De conditione enim illa nihil ibi dicitur, sed generaliter tantùm definitur, specialiter obligata priùs distrahi debere: neque verisimile est, si conditionis respectu ita rescripsissent Impp. illos hoc tanquam speciali quadam ratione nitente prætermisso ita generaliter rem definituros fuisse. Ex quibus denique apparet, neque rationem ab Interpretibus consideratam, neque etiam quas inde colligunt limitationes, satis tutas esse.

Alia itaque investiganda erit. *Eguin.* † *Baro. lib. 8. Manual. tit. 4.* sæpè 9
dicti rescripti Impp. *in d. l. quamvis. C. de pignoribus.* hanc putat esse rationem, quia quando quis tàm specialem quàm generalem hypothecam simul accepit, hoc tacitè actum videtur, ut si sufficiat specialis hypotheca, non sit habenda ratio generalis, sed dum demum perveniatur ad cætera bona, quando non sufficeret res specialiter designata. Eandem rationem tradidit *Connan. lib. 4. cap. 17. num. 6.* addens alioqui, nihil fuisse causæ, cur una cum genere species illius generis aliqua pignori accipiatur. Idem sentit *Anton. Fabian. lib. 6. conjectur. cap. 16. & Russard. in notis ad d. l. qui generaliter. 2 ff. qui potior. in pignor.* Et hæc quidem ratio à natura specialis expressionis & inde collecta tacita mente contrahentium desumpta, modò rectè intelligatur, satis videtur esse conveniens. Confirmatur enim per generalem illam regulam, quæ docet, in toto jure generi per speciem derogari,

gari, & id potissimùm haberi, quod ad speciem directum est. *l. in toto. de regul. jur.* Nam cum hæc sit natura specialis dispositionis, non mirum, cur etiam hoc loco id præstet, ut quando specialis & generalis hypotheca simul constituitur, specialis potior ratio eatenus habita videatur, ut illa prius sit excutienda, quàm ad generalem perveniatur.

Cumque ratio ista generalis sit, tàm eum casum, quo inter creditores de prioritate controversia est, quàm illum quo agitur cum debitore, comprehendens, non solùm *ad d. l. quæ specialiter.* adaptari potest, sed & per hanc comprobatur, atque hinc generaliter concludendum: quotiescunque specialis hypotheca cum generali constituta est, quod tum specialis prius discutienda sit, sive cum creditore sive cum debitore sive cum extraneo agatur.

Quod si quis ultra obiiceret, secundum hanc rationem non tàm ex æquitate quadam quàm stricto jure hoc introductum videri, cum tamen Impp. æquitatis potissimùm habuisse rationem ex verbis eorum appareat, huic responderi potest: si stricti juris regula tenenda esset, tùm secundum illam per specialem hypothecam ita generali derogatum esse deberet, ut bona cætera penitùs obligata non essent. Cum autem in proposito creditor tàm specialem quàm generalem accipiens hypothecam, utraque sibi prospectum esse voluerit, atque propterea etiam bona cætera speciali non obstante obligata nihilominùs habeat, satis apparet, non tàm juris summi rationem hîc locum invenire quàm ex æquitate potiùs profectum, ut propter specialem expressionem hoc actum videatur, bona in specie obligata prius vendenda esse.

Ut interim omittamus, Impp. nullam æquitatis facere mentionem, sed generaliter definire jurisdictionem ita temperandam, non declarantes, an istud ex æquitate, an verò ex alia juris ratione proveniat. Non itaque ex his verbis tàm firmum desumi poterit argumentum, quod rationem hanc labefactet, cum præsertim constet, Impp. rescribentes non semper verba ad amussim exegisse. Non impedit etiam, quod Impp. dicunt, creditorem in omnibus æquale jus habere, cum si hoc tacitè actum videri debet, ut prius specialis hypotheca excutienda sit, minimè æquale jus habeat. Nam ipsum jus pignoris quod attinet, nihil refert, utrum id generaliter vel specialiter constitutum fuerit, sed tàm in bonis generaliter quàm in re speciatim obligata consistit, atque hoc respectu creditor æquale jus in omnibus habere, rectè dicitur, propterea etiam potior est posteriore, interim tamen hoc nihil impedit, quò minùs in ipsa executione, ex tacita mente contrahentium jurisdictio ita temperetur, ut prius excutiatur specialis, & si illa non suffecerit, tùm jure suo, quod in omnibus æquale habuit prior creditor, utatur, & in his etiam præferatur posteriori, quemadmodum declarat *Connan. in d. loco.*

Ex † quo simul apparet, plurimum differre hunc casum ab eo, quando certa aliqua re specialiter obligata cætera bona sub hac conditione oppignorata fuerint, si pecunia de iis, quæ specialiter accepta sunt, servari non possit, de quo agit *Papin. in versic. fin. d. l 2 ff. qui potior. in pign.* Quod priusquam declaremus, diligentius aliquantò consideranda erunt verba illius responsi. Librariorum enim incuria obscuritatem peperit. Sic autem illa in vulgatis libris habentur. *Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum bona cætera pignori haberentur, si pecunia de iis, quæ generaliter accepit, servari non potuisset, deficiente secunda conventione, secundus creditor in pignore postea dato non tàm potior, quàm solus inveniatur.* 10

Atque

Atque ita etiam legi in græcis libris, asserit *Cujac. lib. 11. observ. c. 32.* Hîc si verba illa: *Cætera bona*, de generali hypotheca intelligenda & in sequentibus etiam vocabulum, *Generaliter*, retinendum esset, talis fuisset conventio, ut ita demum generali hypothecæ locus esset, si pecunia ex generali hypotheca redigi non potuisset, Quia verò hoc quàm sit ineptum, nemo est, qui non videt, ideò Accurs. *Cætera bona*, interpretatur de bonis ex generali hypotheca exceptis, quæ tùm demùm obligata esse voluit creditor, si ex iis, quæ generaliter obligata essent, pecunia servari non posset, secundum quæ pactum fuisset inter creditorem & debitorem, ut bonis omnibus generaliter obligatis, certa tamen bona excepta, & eo demum casu oppignorata essent, si ex generaliter obligatis pecunia redigi non posset, & hanc interpretationem post alios sequitur etiam *Mudæus in tit. quemadmod. pign. vel hypothec. solv. nu. 89.* Additio verò, quæ in vulgatis libris reperitur, monet, alios pro dictione, *Generaliter* legere *Specialiter*, sicut etiam habetur in *Norico libro Holoandri*, quod si admittimus, prioris creditoris conventionem hanc fuisse, dicemus, ut re specialiter hypothecata, cætera etiam bona generaliter hac conditione oppignorata fuerint, si ex his, quæ specialiter obligata fuerint, pecunia servari non posset, & hanc lectionem amplectitur *Cujac. in d. observat. 32.* motus potissimùm ineptitudine illa, quam ut diximus, vulgata secum affert, cum tamē illa interpretatione Accur. evitari quodammodo possit: Et licet addat, mutationem quoque casus Accursii ineptissimam esse, & verbis adversam: rationem tamen ejus porrò non explicat. *Anton. Fab.* igitur *lib. 6. conjectur. cap. 13.* subscribens interpretationi Accursii, hanc lectionem improbat, ista ductus ratione, quia si specialis & generalis hypotheca simul accepta fuisset, frustrà Jurisconsultus ad hoc, ne prior creditor posset hypotheca priore uti contra posteriorem, requireret generalem hypothecam sub conditione, si ex speciali non posset pecunia redigi, acceptam esse: cum etiam sine conditione illa ex tacita mente contrahentium hoc actū videatur, ut rescripserunt Impp. *in d. l. quamvis 2. C. de pignorib.* & quod consequens est, hi duo textus ita inter se dissiderent, ut vix ulla recta conciliationis ratio afferri posset: quia tamen communi etiam interpretationi obstat.

Primò, quod (ut etiam observavit Cujac.) Jurisconsulti verba illa, *Cætera bona*, de iis bonis, quæ generaliter obligata sunt, plerunq; accipere solent, *l. 1. de distract. pign.*

Deinde, quod in præcedentibus Jurisconsultus non dixit, bona aliqua specialiter ante excepta aut obligata fuisse ei, qui generalem hypothecam acceperat, atque propterea verba illa, *Cætera bona*, vix commodè interpretari possimus de iis, quæ specialiter accepta sunt, nisi ante generalem hypothecam specialem aliquam constitutam esse comminiscamur: Ideò ut intellectum Accursii verisimiliorem reddat, non dubitat Faber, pro *Cætera bona*, legere *Certa bona*, addens, hoc & probabilius, & ad omnes objectiones diluendas accommodatius esse.

Ego verò hoc quidem Fabro facilè concesserim, communem interpretationem verba illa, *Cætera bona*, minimè admittere propter rationes ab eodem consideratas, sed neq; sensum, qui ex communi intellectu colligitur, in se satis commodum esse, neque etiam aliis verbis textus convenire, & quod consequens est, Fabrum, ut interpretationem illam tueatur, ad emendationis auxilium frustrà confugere arbitror. Non enim usquam reperiri poterit in jure nostro à Jurisconsultus vel Imperatoribus, hunc casum fuisse consideratum, quo creditor, postquam omnia bona debitoris obligata acceperit, ultrà speciatim de certis in subsidium,

dium, si ex generaliter obligatis pecunia servari non possit, convenerit: quinimò ne is quidem in hominem sana præditum mente cadere posse videtur. Nam cui omnia bona sunt obligata, is certè etiam quaslibet bonorum species oppignoratas habet, cur igitur quæso certam speciem in subsidium demum accipere deberet: Forte cum gloss. hanc dices prius exceptam, atque propterea necesse fuisse, ut ultra generalem hypothecam in subsidium obligetur. Quasi verò credibile sit, eum qui omnia bona obligata habuit, de una tantùm specie excepta in subsidium demum obliganda laborasse, ac non potiùs ex cæteris bonis omnibus pecuniam se redigere posse confisum esse, vel si de eo dubitavit, illam non magis sub generali hypotheca comprehendere voluisse. Utut tamen res ad eum casum devenire queat, is certè rarior est, quàm ut per eum verba Papiniani restringi possint.

Non enim ad ea quæ perrarò eveniunt, sed ad ea potiùs, quæ & frequenter & facilè, jus aptari debet, *l. nam adeò. de legib.* Prætereà tàm ex præcedentibus quàm ex sequentibus illius textus verbis apparet, Jurisconsultum de eo potissimùm quærere, quando prior creditor hypotheca generali uti possit contra creditorem, cui ex bonis sibi ante generaliter obligatis pignus postea datum fuit.

At juxta communem interpretationem secundus creditor non ex generali hypotheca prioris, sed ex speciatim exceptis pignus postea accepisset, quemadmodum etiam ponit Fab. neque etiam de eo, quatenus prior creditor generali hypotheca contra posteriorem uti posset, ageretur, sed potiùs è contrario de speciali ejus pignore in subsidium dato.

Quod quia à verbis Jurisconsulti alienum est, non concedendum, & his ipsis de causis neque etiam admittenda emendatio Fabri, cum præsertim ex proprio nata cerebro omnium librorum consensum adversantem habeat. Restat, ut de altera lectione, quàm additio notat & sequitur Cujac. videamus. Hanc primò confirmat proprietas dictionis (*Cætera bona*) Nam cum his verbis tàm Jurisconsulti quàm Impp. generalem hypothecam plerunque denotare, & propterea illa rebus specialiter oppignoratis opponere soleant, ut non solùm apparet *ex d. l. 1. de distract. pign.* sed magis probatur *in l. & quæ nondum. §. quod dicitur. de pignor.* Credibile est, Jurisconsultum etiam hoc loco in verbis sequentibus de re specialiter obligata, locutum fuisse.

Deinde consentanea est hæc lectio usitatæ cautionum formulæ. Nam ita plerunque soliti fuerunt, pignoribus sibi prospicere creditores, ut specialiter rebus hypothecæ nomine datis, cætera etiam bona tenerentur debitoris, quemadmodum ait Jurisconsultus *in d. §. quod dicitur. l. & quæ nondum. de pignorib.* Ad hunc igitur casum solidum accommodari debet responsum hoc potiùs, quàm ad rarum, *d. l. nam ad ea. de legib.*

Hoc prætereà suadent & præcedentia & sequentia verba, in quibus, ut dictum est, de eo agitur, quando creditor prior generali hypotheca contra secundum creditorem speciali hypotheca nitentem, uti possit vel non.

Huic enim proposito lectio ista optimè convenit, ita ut illi quod prius dixerat Jurisconsultus, priorem creditorem, qui generalem hypothecam acceperat, præferendum esse, cui postea pignus speciatim datum fuerat, hæc sequentia exceptionis vel limitationis loco subiiciantur, nisi generalis hypotheca constituta esset sub conditione, si pecunia de iis, quæ specialiter accepit, servari non potuisset.

Denique

Denique huic lectioni suffragatur etiam librorum autoritas, ut non solùm ex additione apparet, sed etiam in manuscripto ita haberi, testatur *Charond. in additione sua*. Non igitur ambigendum, quin lectio ista repudiatis reliquis modis omnibus sit amplectenda. Nam ut sine librorum autoritate ex solis conjecturis nihil temerè immutandum, ita quando hæc ad rationes evidentes accedit, omnem meritò tollit dubitationem. Nec quicquam refert, quod græci libri cum vulgata lectione conveniunt.

Nam translatores illos in mendosa exemplaria quandoque incidisse, ex aliis etiam locis apparet, ut notavit *Cujac. in d. observ. 32.* Non obstat etiam, quod ut Faber opponit, Jurisconsultus frustrà requirat, conditionem hanc expressam fuisse, quæ alioqui ex sui natura inesset. Nam ideò requirit hanc conditionem, quia vult dare casum, in quo secundus creditor non tàm potior, quàm solus esset: quod quia sui natura non præstat specialis hypotheca cum generali conjuncta, ideò necessaria fuit conditionis consideratio, ut paulò pòst dicemus. Secundum hanc itaque lectionem in casu illius legis ea fuit conventio, ut rebus quibusdam specialiter obligatis (quæ prima fuit conventio) cætera bona sub hac conditione pignori haberentur (quam secundam conventionem appellat Jurisconsultus) (e) si pecunia de iis, quæ specialiter accepit, servari non potuisset.

(e)

11 Qui † quidem casus (ut tandem sermo noster ad id, unde facta est digressio, revertatur) ab ea facti specie, de qua Impp. *& d. l. quamvis. C. de pignoribus.* agunt, plurimùm differt. Nam in *d. l. quamvis.* tàm specialis quàm generalis purè accepta est. At *in d. l. qui generaliter.* hypotheca generalis demum sub conditione, si specialis non suffecerit, constituta.

Deinde ex hac etiam diversitate descendit, ut illo casu creditor æquale jus tàm in generali quàm in speciali hypotheca habeat, & tantummodò ex tacita mente contrahentium in executione hic ordo observandus sit, ut prius excutiatur specialis. In hoc v. altero casu hypotheca generalis non nisi eveniente conditione nascitur, atque propterea illa deficiente, secundus creditor non tàm prior, quàm solus habetur, cum ex hypotheca conditionali ante conditionis eventum agi nequeat. *l. Grege. § sub conditione. de pignoribus.* non igitur assentiendum est Cujacio, dum *in d. observat. 32.* ait responsum Jurisconsulti *in d. l. qui generaliter*, omninò congruere cum *d. l. quamvis.* Quemadmodum autem hæc duo jura non congruunt: Ita nec etiam invicem adversantur, multò verò minùs id, quod *in d. l. qui generaliter*, habetur, rationem *d. l. quamvis*, à nobis considaratam oppugnat, sed ut dictum est, hæc inter se prorsus diversa & separata sunt, & quod porrò sequitur, ratio suprà considerata firma nihilominùs manet.

Non enim quemadmodum conditio *d. l. qui generaliter*, suspendit jus hypothecæ, ita tacita mens contrahentium, ex cumulatione specialis hypothecæ cum generali collecta, ortum ejus impedit, sed creditore nihilominùs æquale jus in omnibus bonis habente, in executione tantùm is constituitur ordo, ut prius excutienda sit specialis. Neque sane mirum, cum is, qui tàm speciale quàm generale accepit pignus, non ideò spetiale addiderit, quod generali pignoris juri derogaret, sed potiùs eo, postquam semel quæsitum est, salvo manente, utroque sibi prospectum esse & executionis tantummodò ordinem quendam hac ipsi speciali expressione præscribere voluisse existimetur, ut proinde ratio ista à nobis post alios considerata, remotis omnibus objectis, optimè sibi constet.

Et

12 Ex † qua porrò colligitur, textum *in d. l. quamvis*, minimè ad eum tantùm casum, quando cum posteriore creditore res agitur, restringendum, sed potiùs generaliter locum habere, sive de prioritate cum creditore, sive cum debitore, sive etiam cum extraneo agatur. (*f*) Tùm quia ratio ista generalis est, & ad omnes istos casus pertinens, atque propterea jus etiam æquale constituendum, *vulg. l. illud ad l. Aquil. l. à Titio. in fin. de verb. obligat. l. nauta. §. fin. Naut. caup. stab.* Tùm propter textum *in d. l. quæ specialiter. C. de distract. pignor.*

(*f*)

Aliis præterea modis rescriptum hoc Impp. *in d. l. quamvis*, declarant Interpp. ut post alios recenset *Didac. in loc. citat.* quæ declarationes neque huic nostræ rationi adversantur, neque ab hac impugnantur, sed ea stante nihilominùs rectè consistunt.

13 Primò † enim extendunt illum textum, ut nihil referat, utrum speciale pignus ante generale an vice versa constitutum fuerit. Etsi enim *Petr. de Bellapertic.* opinatus fuerit, rem aliter sese habere, quando speciale pignus post generale acceptum fuit, quasi tum etiam in generali speciale comprehensum sit, *argument. l. alimenta. §. Basilicæ. de alim. legat.* quod sequitur Alberic. plerique tamen in alia fuerunt opinione, *ut Salic. & Fulgos. ibi Ripa in l. Privilegia. numer. 29. de Privileg. credit. Negusant. de pignor. 5. part. membr. 2. numer. 51. Paris. consil. 50. num 38. volum. 1. Didac. in d. cap. 18. libr. 3. variar. resol. Cacheran. decis. Pedemont. 159.* (*g*) Neque sanè mirum, cum utrobique militet ratio tàm à nobis quàm ab Interpretibus considerata.

(*g*)

14 Secundò † declaratur, ut nihil referat, sitnè traditum pignus vel non priori vel posteriori creditori, atque adeò tùm etiam procedat, quando creditor ex bonis generaliter oppignoratis possideret aliquid, ut sensit *glos.* quam communiter sequuntur *Interpp. ibi. & alii jam citati.*

Tertiò, † etsi textus *in d. l. quamvis*, loquatur de eo casu, quo secundus creditor specialem hypothecam ex bonis generaliter priori obligatis acceperat, atque propterea gloss. videatur illum ad hunc casum restringere voluisse, & post eam *Bald. & Salicet. ibi. & Socin. sen. in d. cons. 198. in fin.* communiter tamen contrà existimatum est, idem obtinere, quando secundus creditor generalem hypotecam haberet, & propterea nihil interesse, utrum posterior generalem an v. specialem habeat, cum utroque casu eadem subsit ratio, ut sensit *Bartol. ibi Salicet in d. l. qui generaliter. qui potior. in pignor. Paris. cons. 50. numer. 35. Negusant. in 8. part. membr. 1. numer. 20. & Didacus in d. loco.* (*h*) 15

(*h*)

Quartò † idem obtinet, licet specialis illa, quam generali hypothecæ conjunctam habet prior, non esset sub generali comprehensa & propterea in re specialiter obligata speciale tantùm pignus, in cæteris verò bonis generalem haberet: quemadmodum contingere solet, quando res specialiter priùs obligata fuit, deinde cætera bona generaliter obligata essent. *Hoc ex ultimis verbis Salicet. improbantis Petr. & Alberic. & Socin. d. cons. 198. rectè colligit Didac. vers. nonò est præterea observandum.* 16

Et licet addat, sibi horum sententiam non placere, rationem tamen ejus non explicat, & cum idem paulò antè firmaverit, textum nostrum etiam tum locum habere, quando specialis antecessit generalem, & hoc casu specialis sub generali non comprehendatur, sed in re speciatim obligata sola reperiatur, hoc etiam ut admittat necesse est, aut sibimetipsi ita contrarius erit, ut conciliari nullo modo possit. Idque confirmatur prætereà ratione suprà à nobis considerata. Nam cum ideo specialis priùs excutienda sit, quia

re speciatim obligata id quasi tacitè actum videtur, hoc certè non minùs locum habet, quando quis in re speciatim obligata, speciale tantùm habet pignus, quàm si eum generalis etiam hypotheca concerneret. Quinimò idē suadere videtur ipsa solennis cautionum formula, secundum quam ut dictum est, ita res pignori dari solebant, ut specialiter rebus hypothecæ nomine datis cætera etiam bona teneantur debitoris, *d.* § *quod dicitur. l. & quæ nondum. de pignorib.* Hîc enim nemo certè dixerit, rem specialiter obligatam sub cæteris bonis generaliter obligatis comprehensam fuisse, cum ipsa proprietas dictionis, *Cætera*, illam excludat. & tamen tantùm abest, ut ad hunc casum non pertineat textus *in d. l. quamvis*, ut hæc ipsa solennis cautionis formula dispositioni illius causam præbuisse videatur, unde etiam simul apparet, inanem esse rationem illam, quam de concursu duorum vinculorum in speciali hoc loco affert Corn. ut suprà diximus.

17 Quintò extenditur † lex nostra, ut locum habeat etiam tum, quando prior creditor haberet hypothecam privilegiatam, ut in dote contingit, non enim propterea minùs teneretur primò excutere rem specialiter obligatam, ut sensit *Roman. consl.28. numer.2. Corn. consl.246. volum.1. Socin. d.consl.198. Ripa in d.l. Privilegia. numer.20. Cravet. consl.77.nu.16. Didac. in d.loco.versic. octavò in controversiam.* (*i*)

(*i*)

18 Limitatur † prætereà rescriptum istud Impp. primò, ut locum non habeat, quando tàm prior quàm posterior generalem tantùm hypothecam haberent. Nam tum etsi prior hypotheca ita amplior sit posteriore, ut res quasdam contineat, quæ vel quia jam tempore posterioris hypothecæ patrimonium debitoris exierant, vel alia ex causa non fuissent sub posteriori comprehensæ, ac propterea in eo, quod amplior est, respectu generalis posterioris pro speciali fortè reputari posset, non tamen propter ea prior creditor res illas, quæ sibi tantùm, non autem posteriori obligatæ sunt, excutere teneretur, ut firmat *Corn. d. consl. 246. & Negusant. de pign. part.5. membr.2. numer.51. & Didac. d. loco versic. septimò constat.* (*k*) cessat enim ratio suprà considerata.

(*k*)

Secundo, ex † communi Interpp. opinione restringitur, ut locum duntaxat habeat, quando inter primum & secundum debitorem de prioritate controversia incidit, secus verò quando cum debitore, vel extraneo possidente res agitur, ut sentiunt omnes hi & alii jam antè citati: Sed nos hanc opinionem suprà improbavimus. 19

Tertiò † limitatur, ut non procedat, quando specialis ea lege accepta est, ut non deroget generali: Tùm enim integra adhuc manet electio creditori, quemadmodum sensit *Parisl. consl.103. numer.3. & seq. volum.3.* & post eum *Cacheran. decisl.158. in fin.* (*l*) 20

(*l*)

Denique pro † intellectu hujus legis notatu dignum est, ad hoc utrum ex speciali hypotheca pecunia prioris creditoris servari possit, nullam ex parte posterioris requiri probationem, sed illam idoneam esse præsumi, nisi prior creditor probaverit, eam minùs idoneam esse, ut sensit *glos. ibi.* quam nemine refragante secuti fuerunt omnes *ibi Negusant. in d.loco. Parisl. d consl.50. numer.28. volum.1. Didac. d.cap.18. numer.1. Cacheran. d. decisl.159. nu. 2.* (*m*) 21

(*m*)



ADDITIO

ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(a) ET *Johan. Baptist. Asin. de execut.* §. 7. *cap. 4.*

(b) *Alexand. Raudens. de anal. c. 33. num. 5. Joh. Baptist. Asin. de execut.* §. 7. *cap. 8. Ludovic. Molin. de Hispan. primog. libr. 4. cap. 7. numer. 22. 26. Surd. decis. 44. numer. 11. & decis. 13. numer. 20. vers. tertiò dico.*

(c) *Surd. decis. 44. nu. 10.*

(d) *Surd. decis. 44. nu. 10.*

(e) Ariolatur igitur *Joan. Baptist. Schwartzenthal. in tract. de pignor. cap. 16. num. 9.* qui fingit, debitorem cum primo creditore postea convenisse, ut res, quas secundo creditori oppignoraverat, ex generali prioris obligatione eximerentur, & ita demum pignori essent, si ex generalibus ipsis satisfieri non possit, eamque secundam conventionem appellat.

(f) Idem sensit *Vincent. Carott. de excus. bonor. part. 2. quæstion. 65. numer. 4. & 9.*

(g) *Mynsing. cent. 6. observ. 94. numer. 7. Moller. ad constit. num. 67. part. 1. Vincent. Carot. d. quæstion. 65. numer. 7. Ludovic. Molin. de Hispan. primog. libr. quarto. cap. 7. numer. 21. Surd. decis. 44. numer. 2.*

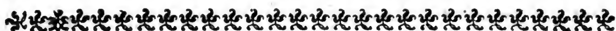
(h) *Roland. à Vall. cons. 36. numer. 5. cum seqq. volum. 4. Joan. Baptist. Asin. tract. de execut.* §. 7. *cap. 5. part. tot.* & judicio Cameræ approbatum ostendit *Mynsing. cent. 6. observ. 94. numer. 4. Vincent. Carot. d. q. 65. numer. 5. & 25. Molin. d. cap. 7. numer. 21. Surd. d. decis. 44. numer. 3.*

(i) *Molin. d. c. 7. num. 21. versic. hoc autem. Vincent. Carot. d. quæstion. 65. numer. 18. Surd. d. decis. 44. numer. 5. & consil. 513. numer. 3.* ubi latè. Contrarium in dote statuit multos allegans *Alexan. Raudens. de anal. cap. 33. num. secundo.* Sed minùs rectè, ut videre est *apud Surd. d. l.*

(k) *Vincent. Carot. d. q. 65. nu. 16. Molin. d. c. 7. nu. 27.* 24

(l) *Mynsing. cent. 6. observ. 94. numer. 8. & Roland. à Vall. cons. 36. numer. 8. volum. 4.* & noviss. latè defendit *Joan. Baptist. Asin. tract. de execut.* §. 7. *cap. 6. Vincent. Carot. d. quæstion. 65. numer. 20. Alexand. Raudens. d. c. 33. num. 3. Surd. d. decis. 44. num. 12. & cons. 513. num. 20. vers. secundò.*

(m) *Roland. à Vall. consil. 36. numer. secundo. volum. 4. Joan. Baptist. Asin. tract. de execut.* §. 7. *cap. 5. numer. 3. Vincent. Carot. d. quæstion. 65. numer. secundo. Surd. decis. 44. nu. 16. cons. 513. numer. secundo.*



QUÆSTIO XIV.

PRIORITAS IN PIGNORE, CUJUS TEMPORIS RESPECTU CONsideretur, an ratione contractus principalis, an verò ipsius pignoris constituti, præsertim in contractibus conditionalibus, aut ex die, & quatenus id tempus retrotrahatur.

SUMMARIA.

1. *Prior tempore, potior in jure pignoris.*
   Tàm ratione sortis quàm usurarum, numer. 24.
   Quamvis secundo creditori res sit tradita, nu. 3. ratio num. 5.
2. *Pignoris per se considerati tempus aliud ab eo quod ad contractum refertur.*
4. *Hypothecæ conventio à Prætore custodita inter contractus à Jurisconsultis non fuit relata, cum jure civili pignoris contractus re tantùm constet.*
6. *Pignus in continenti contractui appositum recipit omnes qualitates ipsius contractus.*
7. *Tempus celebrati contractus non implementi, quando de prioritate pignoris agitur, inspicitur, & num. 13.*
   Quod procedit in contractibus, qui necessitatem implendi habent ex parte ejus, qui pignus accepit, num. 10. licet non ex parte ejus qui dedit, nu. 11.
   Idem est in contractu ex die vel in diem celebrato, nu. 14. vel sub conditione, num. 15. & nu. 17. nu. 19.
   Idem in pignore ob legata conditionalia dato, num. 20. cum seqq.
   Quod procedit in conditione, quæ in potestate debitoris pignus dantis sita non est, num. 22. ratio num. 23. & 26. & declaratur plenè num. 24.
   L. 1. l. qui balneum. qui potior. in pign. *latissimè declarantur 16.*
8. *Maritus potest dotem ab extraneo promissam, & eidem soluto matrimonio reddendam, sine consensu uxoris repudiare.*
9. *Reddere dicitur, qui id quod promisit, solvit.*
12. L. pen. quæ res pign. obl. & l. potior. in pr. qui potior. in pign. *illustrantur, num. 27.*
16. *Conditio in contractibus retrotrahitur non in legatis, num. 21.*
   Quatenus hoc fiat in præjudicium tertii, cui jus interim quæsitum, numer. 17. & 18.
   Quid in conditione potestativa? eleganter num. 25.
17. *Pœnitentia nec in contractibus conditionalibus admittitur.*
20. *Rationes diversæ ad eandem decisionem sæpè à JCtis diversis adducuntur.*
24. L. Lucius. qui potior. *declaratur contra Angel. & Socin.*
27. *Pignoris conventio ante contractum facta trahitur ad tempus contractus, & qui interim contraxit, est potior.*
   Post contractum facta, ipsius conventionis tempus inspicitur, nec ad contractum refertur, nu. 28.
29. *Potior in pignore diverso à principali obligatione tempore contracto quis habeatur, generalis regula statuitur & ad elegantem facti speciem accommodatur. Quæ ulterius declaratur num. 30.*

1 DE † pignoratitiorum creditorum prælatione certa hæc & generalis constituta est regula: Eum qui tempore prior est, potiorem esse & præferendum cæteris, *l. 2. l. potior. l. creditor. qui potior. in pign. l. si fundū. C. eod. tit. c. qui prior. de reg. jur. in 6.* Quod verò potissimũ tempus in pignore conventionali (de eo enim tantum hîc agere animo nobis est) spectandum secundum varias factorum species, variè cum definitum sit à JCtis, ut generalis etiam inde confici possit doctrina, de singulis diligentius videndum.

Distin-

2 Distinguendum † autem inprimis est inter tempus pignoris per se considerati, & inter tempus pignoris relati ad contractum principalem: cum utrumque horum peculiarem habeat inspectionem.

Quando tempus pignoris constituendi per se consideratur, dubium non est, ipsum conventionis, non autem traditionis tempus inspiciendum,
3 & propterea † eum, cum quo de pignore prius conventum fuit absque traditione, præferendum esse illi, cui postea res pignori tradita est, *l. si prior. §. fin. qui potior. in pignor.* Nam etsi pignus quidem juris civilis inspecta ratione re tantummodò contrahatur, & propterea traditio rei ut interveniat, necesse sit, *l. 1. §. creditor. de action. & obligat. §. fin. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.*

4 Jure † tamen prætorio introductum est, ut pignus etiam sola conventione contrahatur, & ex pacto pignoris actio detur, *l. si tibi. 17. §. de pignor. 2. de pact. l. 1. de pignor. action.* quæ hypotheca propriè dicitur. Ideoque conventio ista utpote nudo pacto inita, inter obligationes, quæ consensu contrahuntur, non refertur, sed iis tantùm æquiparatur *à Cajo in l. contrahitur. de pignor.* Multò igitur minùs inter alias contractuum juris civilis species referri poterit. Ex hoc etiam JCti, quoties de præferendo eo, cum quo de pignore conventum prius fuit, agunt, prætorem eum tueri debere ajunt, *ut in l. qui balneum. qui potior.* hoc ipso perspicuè docentes, ex prætoris jurisdictione id omne provenire, quo & respexerunt Impp. *in l. major. C. de pignor.* in his verbis, *cum hoc solum pactum vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueretur*, satis denotantes, prætoris edictum tueri pignoris conventionem nudam, ut rectè observavit *Cujac. in parat. de pign. & in d. l. si tibi & ad Affrican. tract. 8. ad d. l. qui balneum.*

5 Non † itaque mirum, cur cum pactum de pignore ex prætoris tantùm edicto obligationem & actionem pariat, atque adeò nuda conventione perficiatur, ipsum conventionis tempus spectetur. Etsi autem de ipso pignore non eodem semper modo, sed vel purè, vel ex die, vel sub conditione conveniri solet, quia tamen in singulis his speciebus ad prælationis tempus quod attinet, illa etiam obtinent, quæ de contractu principali eodem modo inito mox dicturi sumus, ideo illa, ne bis idem repetendum sit, huc etiam referri poterunt. Quando verò pignoris tempus consideratur relativè ad ipsum contractum principalem & secundum hunc dijudicandum est, tum plurimum refert, utrum eodem tempore, quo principalis contractus celebratus est, de pignore etiam conventum fuerit, an diverso.

Si † ipso contractus tempore pignus acceptum fuerit, tum istud omnes qualitates principalis obligationis, sive illa purè sive ex die, sive conditionalis fuerit, induit, & de pignoris tempore ex ipso contractu judicatur, *l. grege, §. si sub conditione de pign.* 6

Ideò † si pro contractu puro pignus acceptum fuerit, ipsum tempus quo de contractu conventum, non autem quo numeratio secuta fuit, inspicitur: & propterea is, qui prius contraxit, in pignore eo nomine accepto præferendus est illi, cui, antequam pecunia ex illo contractu debita numeraretur, eadem res pignori data fuit, ut in eleganti casu respondet JCtus Papinian. *in l. 1. qui potior.* Quidam enim pro muliere dotem promiserat accepto pignore à marito de restituenda dote, & parte dotis numerata maritus eandem rem pignori alii dederat. Residua deinde quantitate dotis persoluta, uter in pignore præferendus esset, cum quæreretur, Respondet JCtus: *Cum ex causa promissionis ad universæ quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis:* 7

nis: nec probè dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. Quæ verba licet satis plana & aperta sint, obscuritatem tamen quandam posterioribus peperit interpretatio Accursii referentis illa ad maritum, hoc censu, quasi velit Jurisconsultus, ideò non solutionis sed obligationis tempus spectandum, quia non fuit in potestate mariti, non accipere residuam dotem, ne eandem reddere etiam teneatur, cum hac ratione minùs dotata fiat mulier, contra *l. si donaturus.* §. *fin. de donat.*

Et interpretationem hanc non solùm communiter ibi sequuntur Interpp. sed & Donell. *de pigno. cap. 12.* qui ut magis verisimilem illam reddat, considerat maritum hoc casu debitorem fuisse ratione dotis restituendæ soluto matrimonio, & quidem sub tacita hac conditione, quæ invito etiam debitore impleri potuit, de quo infrà dicturi sumus. Addens pro ratione, quasi ideò non fuerit in potestate mariti non accipere, cũ numeratetur, quoniam non ipsius tantùm, sed mulieris etiam commodum in eo versaretur, quàm indotatam esse non convenit. Unde si quid per maritum factum sit, quò minùs dotem haberet, semper ille quasi accepisset, tenebitur. Moti autem fortè ad hunc intellectum fuerunt, quia textus utitur verbo, *Reddendi,* quod magis videtur marito restituenti dotem acceptam, quàm ei, qui solvit eam promissam, convenire, *l. 1.* §. *eleganter. depos. l. 3. & l. Stichum 39. de stat. liber.* Deinde quod in fine additur, aliam causam esse ejus, qui pignus accepit, ad eam summam, quam intra certum diem numerasset: ac fortè prius, quàm numeraret, alii res pignori data est. Nam cum in hoc casu Jurisconsulti alibi considerent, esse in potestate debitoris dantis pignus non accipere, *ut in l. pen. quæ res pign. obl. & in l. potior. qui potior. in pignor.* Ideò ut huic etiam præcedens casus conveniat, & uterque in eodem genere invicem adversentur, putârunt fortè Dd. etiam illud de ea specie intelligendum, in qua viceversa in potestate debitoris dantis pignus non fuit, ne acciperet. Verùm ego mihi persuaderi non patior, ut existimem hanc fuisse mentem JCti.

Primò enim nemo non videt, quàm alienum sit à verbis id, quod ibi dicitur, *Ne residuam pecuniam redderet,* interpretari, ac si dixisset, non accipere ne redderet, ut verisimile planè non sit, Jurisconsultum, qui latinitatis diligens alioqui observator fuit, tàm impriè locutum fuisse, Cum præsertim *Reddendi* verbum addatur vocabulo *Residuam.* Nam vel hac de causa minùs ad eum casum, quo restituenda est dos, referri poterit, quia tunc à marito in ea quantitate, qua accepit, tota restituenda est: nec residua dici possit, cujus nulla pars soluta est.

Deinde JCtus in præcedentibus verbis, quibus ad quæstionem propositam respondet, ne ullam quidem fecit mentionem mariti: Quomodo igitur quæso dictio relativa ejus ad maritum, de quo nihil quicquam dictum fuit, referri poterit.

Præterea † neque in se verum est, 8
quod in casu illius L. non fuerit in potestate mariti, non accipere dotem residuam. Loquitur enim Jurisconsultus eo de casu, quo extraneus de suo dotem promiserat marito, & de illa soluto matrimonio sibi restituenda stipulatus fuerat, (cum alioqui, nisi de suo vel ipsi marito promisisset, dotem non potuisset stipulari sibi restitui) In hac autem specie soluto matrimonio dos non ad mulierem, sed ad eum, qui dotem dedit, revertitur, *l. licet* §. *1. de jur. dot. l. quoties.* §. *fin. solut. matrim.* atque soluto matrimonio mulieris nihil planè interest, eo verò durante, tantummodò mariti, onera matrimonii sustinentis, commodo fit, eam dotatam esse.

Mari-

Minime igitur utilitas mulieris in proposito considerari poterit, ut propterea marito minùs integrum esse debeat, dotem non accipere, sed cum ejus tantummodò commodum hac in re versetur, hoc negligere ei permissum esse videtur, tum propter *l. qui pecuniam. si certum petat.* tum propter generalem juris regulam, quæ docet, quemlibet favori suo renunciare posse, tum denique quia in mariti potestate situm est, indotatam ducere. Ex quo etjam communiter traditum est, maritum in sui præjudicium pacisci posse de non petendo dotem promissam, *ut per text. in l. socer. §. Lucius. solut. matrimon. not. Dd. ibi & Joan. Campeg. de dot. part. 4. quæst. 1.* Nulla igitur causa est, cur non etiam remittere possit dotem promis-(a) sam non accipiendo. *(a)* Unde simul patet, considerationem Donelli planè huc non facere. Illa enim tantummodo ad eum casum pertinet, quo socero pro filia dotem dante jus aliquod in dote quæsitum est filiæ: cum interim textus noster eo de casu loquatur, quo extraneo de suo dotem marito dante nullum jus ex eo ipsi quæsitum est mulieri. Quinimo etsi demus, in potestate mariti non esse, utrum accipere dotem velit nec ne (quod tamen in hoc casu neutiquam admittimus) non tamen ratio ista huc rectè adaptari posset: cum nihilominùs hanc saltem ob causam, quod is qui promiserat dotem, illam dare omnino necesse habeat, non solutionis sed contractus tempus esset spectandum, ut in præcedentibus verbis disertè docet Jurisconsultus, atque propterea frustra hoc loco ratio ista consideratur: ut vel hac de causa minùs verisimile sit, Jurisconsultum hoc sensisse. Potius igitur existimem verba illa, de quibus nunc sermo institutus nobis est, simpliciter accipienda & non ad maritum, sed ad eum, qui dotem pro muliere promiserat, esse referenda hoc sensu, non probè dici in ejus potestate esse, ne pecuniam residuam daret, ut minùs dotata mulier esse videatur. Hoc enim & verborum proprietati & omnibus aliis rectius convenit.

9 Nam † *Reddendi* verbum non rarò pro dare ex promissione præcedenti usurpari solet à Jurisconsultis, ut apparet *ex l. si decem 48. de verbor. obligat.* ubi latè Dd. & licet sæpius & magis propriè restitutionem ejus, quod acceptum est, denotet, longè tamen commodius & proprietati convenientius pro dare accipi, quàm pro non accipere ne reddatur, manifestius est, quàm ut demonstratione egeat.

Deinde hæc interpretatio magis consentanea est vocabulo *Residuam*. Respectu enim ejus, qui dotem promisit parte ejus numerata, residua pecunia rectius consideratur, quàm respectu mariti, qui soluto matrimonio non residuam sed totam dotem reddere dicitur. Ut interim omittam hoc etiam, utrum indotata mulier sit (cujus mentionem facit Jurisconsultus, in casu ubi soluto matrimonio dos non ad mulierem, sed ad alium reditura est) rectius constante matrimonio in mariti commodum considerari, quàm quando eo soluto de restituenda ea agitur. Maximè verò hunc intellectũ postulat proprietas dictionis relativæ (Ejus) quæ utique ad promittentem dotem, de quo in præcedentibus dictum, longè aptius refertur, quàm ad maritum, cujus nulla ibi facta est mentio.

Præterea consentaneum est hoc illi, quod Jurisconsultus dixerat, ideò contrahendæ obligationis tempus spectari, cum ex causa promissionis ad universæ quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellatur: hoc enim ipsum est, quod deinde subjungit in ejus potestate non esse, residuam non dare.

Neque tamen hoc posterius propterea superfluũ est, sed potiùs ex priore sequitur: idque vel hac de causa addere voluit, ut hoc modo ad sequentem

casum digressionem faciat & inter illos distinguat.

Denique hac ratione evitantur illa, quę ex priore intellectu collecta partim falsa, partim absurda sunt, ut ibidem ostensum fuit. Nec quicquam obstat, quod in fin. Jurisconsultus addat casum, in quo non potestas non dandi ex parte promittentis, sed potestas non accipiendi ex parte dantis pignus considerari solet. Sicut enim inde nō sequitur eandem & non aliam consideratione semper habendam esse, ita nihil impedit, quò minùs hoc loco etiam in casu in fine addito dandi necessitatem potiùs quàm accipiendi libertatem consideremus. Cum præsertim ex verbis JCti liquidò ostensum sit, eum etiam in præcedenti casu ex parte tantùm promittentis dotem necessitatem dandi perpendisse. Nam hinc sanè licet colligere, etiam in sequenti eandem necessitatem ex parte ejus qui pecuniam promiserat, considerari, ut rectiùs præcedenti conveniat, & eodem genere opponatur hoc sensu, quasi dicat Jurisconsultus, aliam esse causam ejus, quod pignus accepit in eam summam, quam intra diem certum numerasset: ac fortè priusquam numeraret, alii res pignori data est: quia hoc posteriori casu, non perinde ut in priori numerandi necessitas incumbebat accipienti pi-
(b) gnus. (b)

Quo quidem sensu hi duo casus oppositi optimè inter se respondent; cum è contrario, si in posteriori libertas accipiendi ex parte dantis pignus consideretur, ratio illa planè aliena esset à ratione præcedentis casus neque adeò constaret recta casuum istorum oppositio. Dubium igitur non est, quin hæc posterior interpretatio hactenus à nobis firmata verbis text. convenientior & in se etiam longè verior sit priore, & propterea modis omnibus amplectenda. Secundum eam verò textus ille *in d.l. 1.* non solùm quod suprà diximus probabit, pignus ex tempore contractus potiùs quàm solutionis æstimandum, sed insuper etiam ex ratione à † JCto considerata hoc apparet, id de illis contractibus, qui obligationem atque adeò necessitatem quandam pariunt, intelligendum, & propterea id, quod de dote h.l. Papinianus statuit generaliter obtinere in omnibus contractibus eandem necessitatem ex obligatione habentibus. Non igitur satis considerate Joan. Campeg. *in tr. de dote part. 1. q. 80. Privileg. 10. ex d. l. 1.* post alios colligit, speciale esse in dote, ut hypotheca non à solutione sed à promissione incipiat, hoc inter alia dotis Privilegia numerans. 10

Prætereà † hoc etiam ex interpretatione ista rectè desumitur, ad hoc, ut pignus à tempore promissionis incipiat, sufficere, si contractus tantùm ex parte ejus, qui dare aliquid promisit, necessitatem pariat, etiamsi adhuc in ejus, qui pignus dedit, potestate sit, utrum pecuniam promissam accipere velit nec ne. Probavimus enim paulò antè in *cas. d. l. 1.* in potestate mariti esse, non accipere dotem sibi ab extraneo de suo promissam. Neque tamen propterea minùs Jurisconsultus respondit obligationis tempus observandum, hoc tantùm considerans, quod is qui dotem promiserat, illam dare necesse habuerit. Unde porrò sequitur, si ego accepto pignore tibi stipulanti promisissem pecuniam mutuò dare, ab ipso promissionis, non autem numerationis tempore pignus incipere, quantumvis in potestate tua sit non accipere, *d. l. qui pecuniam. si cert. petat.* Id quod verbis *d. l. 1.* juxta interpretationem nostram dilucidè probatur, & confirmatur præterea evidenti hac æquitatis ratione. Nam cum hîc initus fuerit stipulationis contractus obligationem & necessitatem pariens, atque adeò pignus accessorium habeat coexistentem contractum, cui accedat: Ego verò fiducia pignoris accepti promiserim dare mutuò pecuniam, atq; ex hac mea promis- 11

promissione ad dandum omninò devinctus sim, periniquum sanè foret, si tibi propterea, quia in potestate tua est non accipere pecuniam, permissum esset interim eam rem alteri pignori dando me jure meo pignoris, quo fretus promisi, defraudare: Ego verò nihilominùs ex promissione mea obligatus tenerer. Longè verò tum justius tum æquius est, ut hac potestate tua non accipiendi abque meo damno utaris, & propterea vel pecuniam omnino à me non accipias (cum alteri per alterum iniqua conditio inferri non debeat) vel si pecuniam mavis accipere à me ad dandum obligato, mihi etiam jus meum pignoris salvum maneat, propter vulgatatam regulam, quæ docet, Contractus claudicare non debere. Etsi enim illa hoc quidem casu non impediat, quominus tibi integrum sit non accipiendo penitus à contractu recedere (quo casu ego etiam simul liberarer) nihilominùs tamen in proposito eatenus sibi locum vendicat & hoc exigit, ut si tu jure ex contractu quæsito uti, meq; ad dandam pecuniam adigere malis, mihi etiam meum jus pignoris salvum relinquas. Idemque sensit *Connan. lib. 4. comment. cap. 17.* licet non ita firmat.

Sed huic, quod postremo loco ex nostra interpretatione *d. l. 1.* desumsimus, plurimum obstat, quod *Paul. in l. penul. quæ res pign. oblig. non poss.* in casu,
2 quo † is, qui cum pecuniam mutuam accipere vellet, quasdam res hypothecæ nomine dare destinavit, & postquã quasdam ex his rebus vendidisset, accepit demum pecuniam: Respondet: Cum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere: eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est. Idem sensit *Cajus in l. potior. in princip. qui potior. in pignor.* Si debitor, qui cum alio antè convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit ei res obligata, priusquàm pecuniam acceperat, eandem rem deinde alteri pignori daret: hunc illo potiorem esse. Poterat enim (inquit) non accipere ab eo pecuniam, licet antè convenit. His enim verbis JCti tantummodò considerant, in potestate debitoris fuisse, non accipere pecuniam, atque ex hoc solo definiunt, non conventionis sed numerationis tempus spectandum, quæ etiam procul dubio causa fuit, cur verba *d. l. 1.* ita acceperint plerique, quasi in potestate mariti non fuerit, non accipere dotem, ne adversari videantur rationi hîc à Jurisconsultis consideratæ. Interpretes quidem ex his duabus LL. generaliter colligunt, quoties in potestate debitoris est efficere ne obligetur, numerationis non autem conventionis tempus spectandum, quod etiam sequitur *Mudaus de pignor. sub tit. quib mod. pign. solvat. numer. 100. & Donell. de pignor. cap. 12.* (c) (c)

Hæc verò interpretatio tantùm abest, ut objectum tollat, ut etiam istud magis augeat, Connan. ergò *in d. loco* verba illa JCti, Poterat enim non accipere ab eo pecuniam, sic intelligit, quasi dicat, fieri poterat, ut non acciperet, quia non cogebatur ei dare creditor. Addens pro ratione, Nam alioqui in potestate debitoris semper esset, etiam post contractam obligationem non accipere & jure suo non uti. Sed id vix est, ut quis velit facere? potiusque conjicimus semper velle accipere, quia id futurum est ipsi utile. Ideoque sic plerunque loquuntur, non posse non accipere eum, cui per stipulationem aut legitimum alium contractum aliquid promissum est: quoniam de ejus voluntate non dubitamus, cui resistere non potest is, qui se ad dandum obligavit. Quibus verbis hoc significare voluit in illis casibus, in quibus ex contractu alter ad dandum obligatus est, non considerari solere, utrum alter accipere potuerit sive voluerit nec ne. Sed dum demum hoc in considerationem venire, quando neque etiam alter ad dandum est

est obligatus & propterea JCtum hoc, quod in potestate debitoris sit, non accipere pecuniam, isto respectu hîc considerasse, quia neq; etiam alter ad dandum erat obligatus. Sed etsi facilè demus Connano, JCtum hoc loco eò simul respexisse, quod alter etiam ad dandum obligatus non erat: tamen cur hoc, quod in potestate debitoris sit non accipere, consideraverit & expresserit potiùs, quàm illud, quod etiam in potestate accipientis pignus est non numerare, non satis declarat, neque etiam adeò verbis JCti convenire videtur id, quod de potestate non accipiendi dicit, exponere per potestatem non dandi. Quare ex mente ejusdem Connani (ab eo enim obscurius tamen loquente primum me hoc didicisse ingenuè fateor) existimo, JCtum hac de causa considerasse, quod in potestate dantis pignus sit non accipere pecuniam, ut denotet tempore conventionis istius nullum initum fuisse contractum, cui pignus accedere potuisset, sed eum tum demum, quando accepta fuit pecunia, cœpisse atque propterea illud tempus tantum spectandum esse. Loquitur autem de contractu mutui, qui cum re contrahatur, utique si nulla præcesserit stipulatio, is incœpisse non potuit videri, antequam quis pecuniam mutuam acciperet, quamobrem neque pignus tanquam accessorium consistere potuit. Quod ergò JCtus dicit: Potuit enim non accipere? idem est ac si dixisset, potuit non contrahere, & si non accepisset pecuniam, neque adeò contraxisset, pignus ipsum, tanquam accessorium, per se dissolutum esset, non subsistente contractu principali, hoc ipso declarans nullum anteà præcessisse contractum, qui aliquam necessitatem alterutri afferret, ac propterea etiam ad tempus acceptionis & contractus referendum esse pignus, ut proinde ratio illius textus in eo potissimùm consistat, quia, ut dictum est, priusquam acciperet pecuniam, nullum gestum fuit negotium, cui pignus tanquam accessorium inniti potuisset: sed obligatio cœpit demum tempore, quo accepta pecunia mutuum initum est: Meritò igitur ad tempus istud contractus cœpti refertur pignus, & JCtos in hisce duabus LL. de ea specie loqui, ubi nullus antecessit contractus necessitatem inducens, ex aliis præter ea eorum verbis manifestum est. Nam *in d. l pen.* de eo agitur, qui cum vellet accipere pecuniam, nondum autem acceperat, pignus tantùm dare destinarat, neque adhuc dederat, ex quo satis apparet, nullam tum obligationem fuisse contractam, nec cogi potuisse creditorem ad dandum mutuum Titio, nec Titium ad dandum ipsi pignus. (*d*) Sic & *in d. l.* (*e*) *potior.* de eo verba facit, qui tantùm convenerat, rem, si pecuniam acciperet, obligatã esse debere, nulla interim addita obligatione de pecunia mutuò danda. Idemque subobscurè sensit Cujac. *ad Africa. num tract. 8. ad l. qui balneum. qui potior. in pignor.* dum post oppositum casum, *in d. l. potior. & in d. l. pen.* hanc addit rationem, quia pignus Titii non tenuit ab initio, quod solvi potuit nuda voluntate debitoris non accipiendo pecuniam vel creditoris non numerando. Ex his itaque non erit difficile, hoc objecto remoto interpretationem nostram *d. l. 1.* defendere. Illa enim disertè eo de casu loquitur, in quo is, qui pignus acceperat, dotem dare promiserat, atque adeò obligatio præcesserat dandi necessitatem secum afferens. Cum interim *in d. l. pen. & d. l. potior.* de iis sermo habeatur, qui nullo adhuc gesto negotio, quod obligationem quandam parere poterat, de pignore dando egerant. Unde simul patet, nimis generaliter locutos fuisse Interpp. dum ex hisce LL. colligunt, quoties in potestate debitoris dantis pignus est efficere ne obligetur, non contractus sed numerationis tempus inspiciendum. Cum tamen non tàm hoc, quàm illud sit potissimùm considerandum

derandum, utrum tempore dati pignoris aliquis prætereà fuerit initus contractus, qui obligationem pariens ei, qui pignus acceperat, necessitatem quandam injungat illius implendi, ut ex jam dictis manifestum est. Quæ quia hactenus ab aliis ita explicata esse me legisse non memini, ideò prolixiùs declarare visum fuit. Nam eorum etiam ad sequentia usus erit. Et de contractu purè inito hæc sufficiant.

14 Ad contractum † *in diem sive ex die* celebratum quod attinet, expeditum est, ipsum conventionis tempus, non autem ejus, quo dies venit spectandum, & propterea si ante diei adventum alteri eadem res oppignorata fuerit, eum qui prius ex die pignus accepit, tanquam potiorem præferendum nihilominùs esse, ut probatur *in l. creditor §. si primus. qui potior. in pignor.* Ideoque in specie, in qua balneum ex Calendas proximis (i. e. Julii, ut seqq. verbis convenienter interpretantur Græci, & post Politianum Augustin. *lib. 4. emendat. c. 16.* ostendens, hanc diem solennem fuisse inchoandis locationibus, quod & Cujac. admittit, licet Calendis Martias addat) quis conduxerat, hoc addito, ut Eros servus pro mercede locatori esset pignori. Isque deinde eundem servum ante Calendas Julias priusquam dies conductionis veniret, (e)
(e) alteri ob pecuniam purè creditam oppignoraverat. Respondit Africanus *in l. qui balneum. in prin. qui potior. in pignor.* Locatorem pro mercede locationis in hypotheca præferendum esse alteri, hanc addens rationem, quoniam jam tum in ea causa Eros (locatori primum pignori datus) esse cœpisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset.

Nam licet ex die demum locatio sit inita, quia tamen etiam antequam dies venerit, obligatio necessitatem quandam pariens contracta, & dies ejus cessisse intelligitur, *l. cedere diem. de verbor. signif.* meritò sanè ipsum obligationis tempus spectatur, sicut in obligatione pure contracta diximus: neque permittendum est conductori, qui pignus dederat, ut ab obligatione semel contracta pro libito se eximere & jus pignoris priori concessum suo tantummodò facto dissolvere vel alterum ei præferre possit, *l. sicut. de action. & oblig.*

Sed † in obligatione sub conditione contracta majorem res habet dubitationem. 15
Nam cum ex ejusmodi conditionali contractu ante conditionis eventum nulla nascatur obligatio, *d. l. cedere diem. in fine §. ex conditionali Instit. de verborum obligat.* sed omnia in pendenti sint, ac pro ea habeantur, ac si nondum gesta essent, *l. qui heredit. de condit. instit. l. is demum §. quod pendet. de reg. jur.* usque eo, ut id quod interim solutum tanquam indebitum repeti possit, *l. sub conditione. de condict. indeb* Nulla videtur justa subesse causa, quæ impediat debitorem, quominus alteri rem illam pignori obligare interim possit, & propterea hunc posteriorem, qui interim jus pignoris purè & cum effectu ante illam nactus est, illi priori, qui ante conditionis eventum ne obligatam quidem rem habere potuit, anteferendum esse. Nihilominùs tamen JCtus *in d. l. qui balneum*, hoc etiam casu respondet, eum, cui ex contractu conditionali hypotheca data fuit, existente conditione contra eum, qui pendente illa credidit, & eandem hypothecam accepit, tuendum & huic præferendnm esse. Cujus rei Cajus *in d. l. potior. qui potior. in pign.* hanc subjicit rationem. Cum enim semel conditio extitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condirione facta esset. (f) (f)

Unde generaliter colligunt Interpp. conditionis † eventum in contractibus retrotrahi ad ipsum contra- 16
ctus tempus, hoc ipsum pro ratione afferentes & confirmantes per text. *in l. necessario. §. quod si pendente. de peric. & commod. rei vendit.* quod quia verbis JCti

JCti satis est consentaneum, facilè admittendnm. Eodem enim sensu dicitur ab Interpp. conditionem retrotrahi, quo JCtus dixit, existente conditione contractum pro eo haberi, ac si purè factus esset. Huic autem rationi plurimum refragatur, quod pro regula traditur, retrotrahi aliquid non solere in præjudicium ejus, cui mutato rei statu interim jus est quæsitum, ut probatur *in c. si pro te. de rescript. lib. 6. & in l. bonorum. rem. rat. hab.* per quam text. hoc docet *Bart. in l. si quis. pro emtore col. 4. vers. si æstimabile extremum à quo. de usu cap. & in l. quoties. in fin. de novat. & in l. si uxor. §. si quis uxorem. de adult. Alex. cons. 25. col. 3. vol. 3. & cons. 78. col. pen. vol. 5. Dec. in l. contractus. nu. 23. de reg. jur.* Nam cum post primam conventionem conditionalem res alteri pignori data purè fuerit, utiq; non amplius res ista primum statum, quo libera adhuc fuit, obtinere potest, sed is pignoris jure posteriori quæsito immutatus & propterea conditio inde eveniens non retrotrahenda neque contractus pro eo habendus videtur, ac si purè factus esset.

Quare ut hic nodus dissolvatur, & ratio ista à JCto considerata constet

17 sciendum, quod † etsi ex contractu conditionali ante conditionis eventum nulla oriatur obligatio, nihilominus tamen ea sint jacta principalis obligationis fundamenta, & contractus eatenus pro perfecto habeatur, ut neuter contrahentium solus pœnitere, neque à contractu alio invito resilire, sed conditionis eventum uterque expectare teneatur, ut sensit *gl. communiter approbata. Instit. de emt. & vendit. in princip. & in d. §. quod si pendente. l. necessario de peric. & com. rei vendita. in princip. & in l. 1. C. eod. tit. Bald. & Salicet. in l. 2. C. quand. lic. ab empt. reced.* & pluribus firmat *Afflict. in decis. 280. num. 3. & seq. & Paris. cons. 59. nu. 4. vol. 1.* Quo etiam respectu ex conditionali contractu quis, pendente adhuc conditione, creditor & debitor rectè dicitur, *l. is cui de act. & oblig. l. qui in fraudem. qui & à quib. manum. l. creditores. de verbor. signif.* Non igitur debitor, postquam pignus sub conditione dederat, ab hoc contractu invito altero discedere, neque eandem rem deinde obligando alteri præjudicare, & quod consequens est, jus, quod alius interim quæsivit, in prioris incommodum non rectè considerari, neque impedimento esse potest, quo minùs conditio retrotrahatur ad tempus contractus.

Cum paria sint, aliquid planè non fieri, & non † legitimè fieri, atque jus 18 interim alteri quæsitum tum demum, ne retrotrahatur conditio, impedire soleat, quando primus actus conditionalis, ad quem conditionis eventus retrotrahi debet, non rectè obligat disponentem, qno minùs mutata voluntate ab eodem, antequam eveniat conditio, pro libito discedere possit. Nam quoties hoc ei integrum est, neque ex actu conditionali quis devinctus manet, tùm certè alteri eandem rem jure concedere poterit, atque propterea in præjudicium ejus juris, quod alius interim legitimè quæsivit, conditionis eventus meritò non retrotrahitur, ut declarat *Glos. in d. cap. si pro te.* quam sequuntur *Archidiac. Francisc. & Gemin. ibi.* idemque sensit *gloss. in clem. verb. executorem de concess. prab. & Dyn. in cap. qui prior. de regul. jur. in 6. & Præpos. in c. 1. de condit. appos.*

Ex † hac declaratione primò manifestum est, istud, quod hoc loco conditio in præjudicium juris alteri interim quæsiti retrotrahitur, non ex peculiari pignoris ratione provenire, ut opinatus est *Costalius in adversariis, ad d. l. potior.* sed generaliter ad omnes actus sive contractus eandem rationem habentes pertinere. Deinde hinc etiam apparet, rationem hanc secundum quam in contractu conditionali pœnitere amplius non licere diximus, potiorem quodammodò esse illa, qua id, quod retrotrahi solet conditio, consideratur: quippe cum hoc ipsum, quod 19

retro-

retrotrahitur conditio, ex eo descendat, quia contractus conditionalis eatenus obligat, ut pendente conditione pœnitentiæ locus non sit. Unde tertiò sequitur, pignus conditionali contractui accedens in effectu eandem penè habere rationem, quam obligatio pignoris in contractu ex die habet. Nam etsi hoc quidem casu etiam obligatio dicatur nata, atq; hoc respectu fortius urgeat hæc ratio, quia tamen illa huc tantùm respicit, & eò tendit, ut à pignoris obligatione amplius non resilire atq; in præjudicium prioris alteri concedere non liceat: Eundem v. effectum etiam sortiatur conditionalis pignoris obligatio, cum in hac non magis quàm in obligatione ex die pœnitere liceat, ut jam firmavimus, meritò sanè etiam eandem utriusq; rationem esse dixerimus, licet in altero magis urgeat. Huc etiam respexisse videtur Africanus *in d.l. qui balneum.* dum id quod de conditionali contractu dixerat, declarat, si modò non ea conditio sit, quæ invito debitore impleri nõ possit. Nam hoc ipso, quod responsum suum ad eum casum restringit, quo invito debitore conditio impleri potest, satis denotat, se hac potissimum niti ratione, quia debitor etiam ex conditionali contractu ita devinctus tenebatur, ut pœnitere amplius non possit, sed conditionem invitus cogebatur expectare.

Hoc tamen non impedit, quò minùs auctore Cajo etiam hoc, quod retrotrahi solet conditio, hoc loco consideremus, modò rationem ejus, ita ut diximus, declaratam teneamus.

20 Neq; enim rarum est, ut ex duobus vel pluribus JCtis in eandem sententiam respondentibus, alius aliam sequatur rationem, de quo in proposito vel ideò minùs laborandum, cum ut dictum est, una ratio ex altera descendat. Quartò ex eadem declaratione id, quod de pignore sub conditione obligato diximus, extenditur, ut locum etiam habeat, licet versemur in casu, ibi conditio retrotrahi non solet, ut in legatis conditionalibus (g) quem (g)
casum tanquam cæteris difficiliorem tertio loco subjicit Africanus *in d.l. qui balneum.* respondens, Quod si hæres ob legata, quę sub conditione relicta sunt, rem suam pignori obligaverit, & deinde priusquam legati conditio extiterit, eandem rem alteri ob pecuniam purè creditam oppignoraverit, tum evenient legati conditione, Legatarium, cui prius datum fuit pignus, potiendum esse. Etsi enim in legatis conditio retrotrahi non solet, *l.1.§. servi appellatione ad Syllan. l. si mater. §. eandem de except. rei judic. l. si uxorem. C. de condit. insert. l. quæ legata. de reg. jur.* Quia tamen hæres conventione, qua rem pignori obligavit, quantumvis illa eandem cum Legato receperit conditionem, *l.1. §. si quis sub conditione. ut legat. nom. cav.* nihilominùs ita devinctus est, ut amplius non pœnitere, neq; adeò Legatario in pignoris jure præjudicare possit, atq; ex hoc eadem, quæ in præcedentibus hîc subest ratio, ideò meritò ipsum conventionis tempus spectatur: quippe cum hoc solùm quod quis ab obligatione semel contracta amplius se non eximere neq; pœnitere potest, efficiat, ut à conventionis tempore pignoris jus cœpisse intelligatur. Non igitur inde inferri poterit, quasi etiam in legatis retrotrahatur conditio, ut sensit Crotus *in l. si is qui pro emtore. n. 37. de usucap.* Neq; tamen propterea ausim affirmare, nullam hîc duci rationem ejus, quod conditio pignori annexa retrotrahatur, ut facit *Mudæus de pignor. sub tit. quib. mod. pign. solv. n. 103.* Sed potius ob hoc ipsum, quia pignore sub conditione dato amplius pœnitere non licet, cum Cajo existimo, existente deinde conditione perinde haberi, ac si purè datum fuisset pignus, atq; adeò (quod idem esse diximus) conditionem pignoris retrotrahi. Quæ verò sit ratio, cur cum legati conditio non retrotrahatur, idem tamen in pignoris conditione tacitè repetita admitta-

mittatur, ex hactenus dictis facilè colli-
(h) gi potest (h) Nimirum, quia hoc secum affert propria & à legatis diversa natura conventionis pignoratitiæ. Etsi enim quæ accedunt, aliis negociis horum naturam assumere solent: tamen quoad ipsum obligationis effectum, contractus etiam accessorius ex propria potiùs natura dijudicari solet, ut in simili de stipulatione alteri contractui accedente traditur.

22 De pignore † contractui conditionali accedente ex conventionis tempore æstimando, quæ hactenus firmavimus, illa notabiliter declarat & restringit JCtus *in d. l. qui balneum.* ut locum duntaxat habeant in conditione, quæ invito debitore impleri potest, ut quævis conditio casualis, veluti quoties promissum fuerit, si navis ex Asia venerit, secùs verò in illa, quæ eo invito impleri nequit, atq; adeò in ejus potestate sita est, utputa si dato pignore promiserim tibi X. si Capitolium ascendero, & postquam alteri eandem rem oppignorassem, Capitolium ascenderim, tum & si eventu conditionis commissa sit stipulatio, pignoris tamen obligatio non retrotrahitur ad conventionis tempus, sed ab eo tempore, quo extitit conditio, incipit, & propterea is, cui interim res illa oppignorata fuit, præferendus erit. Cujus diversitatis hanc tradunt causam Connan. & Cujacius, quod conditio quæ est voluntatis, totam obligationem suspēdat usq; dum perficiatur: quæ verò casualis est aut necessaria, obligationis tantummodò effectum prorogat, vis obligationis atq; adeò ipsa obligatio statim perficitur, unde verò hoc descendat, quod potestiva conditio magis suspendat obligationem, quàm casualis, pluribus explicat Connanus. Sed potest hujus etiam ratio desumi ex iis, quæ in præcedentibus consideravimus. Diximus enim in contractu conditionali in præjudicium ejus, cui interim oppignorata res fuit, conditionem ideò retrotrahi, & propterea ipsum contractus tempus quoad jus prælationis considerari, quia ea sunt posita obligationis fundamenta, ut neuter ante conditionis eventum pœnitere possit. Hæc verò ratio non solùm cessat in conditione, cujus implementum in potestate debitoris situm est, sed & contrarium potiùs suadet, videlicet cum in arbitrio ejus sit, an & quando conditionem implere velit, atq; adeò non implendo pœnitere & efficere possit, ut nihil omninò gestum contractumvè intelligatur, non tàm conventionis, quàm id tempus spectandum, quo impleta conditione conventio demum effectum sortita est. Qui enim, ne ulla oriatur pignoris obligatio, impedire potest, ejus certè arbitrii esse etiam debet, ut interim antequam oriatur obligatio alteri rem pignori dare, & hunc illi præferre possit, ut proinde licet hoc ita clarè à JCtis definitum non esset, tamen ex ratione suprà à nobis considerata, istud quintò rectè colligi posset. Tradit etiam Connanus hujus rei tale exemplum: Si tibi promittenti decem cum Capitolium ascenderis, fundum pignori assignavero, & antequam ascendas Capitolium, eundem alii obligavero: deinde tamen ascenderes, commissa quidem stipulatio est, eventu conditionis, sed ea non retrocurrit, nec nisi à die ejus impletæ & perfectæ incipit obligatio pignoris, ut autem exemplum hoc accommodet verbis JCti, ait, creditorem sub cōditione tuendum adversus eum, cui postea quicquam deberi cœperit, si modò non ea conditio sit, quæ invito debitore impleri non possit: Existimat debitorem à JCto appellari non eum, qui pignus constituit, sed qui promisit dare. Hic enim antequam daret, debitor est, postquam autem dedit est creditor. Sed quia secundum hanc interpretationē unus & idem diceretur creditor & debitor à JCto, licet diverso respectu, propterea istud exemplum verbis non videtur convenire, accommodatius igitur erit id, de quo paulò ante diximus.

Refer-

Referri etiam huc poteſt illa ſpecies, in qua colonus inducta & illata in fundum oppignoraverat locatori. Nam cum obligatio iſta hanc etiam tacitam habeat conditionem, ſi inducta fuerint, & in poteſtate ac arbitrio coloni ſit, utrum illa inducere in fundum atq; adeo pignoris obligationi ſubjicere velit, nec ne, ideo non conventionis ſed inductionis tempus ſpectatur, atq; ex hac is, cui res, antequam induceretur, obligata fuit, præferretur locatori, *ut reſpondet JCtus in d. l. potior. §. ſi colonus.* Sicut enim poteſt colonus quædam ex ſuis bonis non inducendo efficere, ne obligentur, ita poteſt aliis priusquam inducat, obligare & cum nexu jure pignoris aut hypothecæ inducere. Neq; refert, quod hæc tacita conditio non quidem principalem contractum, ſed pignoris tantùm conventionem reſpicit. Monuimus enim in principio, pignoris obligationem per ſe conſideratam, eandem habere rationem cum illa, quæ relativè ad contractum principalem cõſideratur.

23 Quæritur † autem hoc loco, cur propterea, quia in poteſtate debitoris eſt adimplere conditionem, tempus conditionis adimpletæ potiùs ſpectatur, quàm contractus, cum tamen in caſu, de quo in principio egimus, non conſiderato quod in poteſtate debitoris ſit, non accipiendo pecuniam liberare pignus, nihilominùs contractus tempus ſpectetur. Diverſitatis ratio in promptu eſt. Nam in contractu conditionali, de quo in propoſito verba facimus, quando implementum conditionis à voluntate debitoris dependet, non adimplendo pœnitere atque efficere poteſt, ut nihil omninò actum cenſeatur, & quod conſequens eſt, cum ante conditionis eventum nullus ſubſit contractus, quo pignus niti poſſit, meritò conditionis adimpletæ tempus attenditur: Cum interim in illo caſu, etiamſi in poteſtate debitoris ſit, non accipiendo liberare pignus, nihilominùs obligatio promittentis pecuniam conſiſtat, ad quam accepta deinde pecunia à debitore, rectè refeatur pignus. *(i)* (i)

Unde † ſimul & ex hac ratione ſuprà à nobis explicata ſextò patet, non omnem conditionem, quæ in poteſtate debitoris ſita eſt, hoc efficere, ut conventionis tempus non conſiderandum, & propterea poſterior priori præferendus ſit, ſed eam demum hoc præſtare, propter quam in debitoris poteſtate eſt, pro arbitrio efficere, ut nulla intelligatur contracta obligatio. Ideoq; is, qui pro ſorte & uſuris pignus dedit, deinde idipſum pro pecunia credita alteri obligaverit, priusquàm uſuræ debitæ fuerint, licet uſuræ, cum demum debeantur, ſi ſors tempore præfinito ſoluta non fuerit, ac propterea in poteſtate debitoris fuerit ſolvendo, ſortem impedire curſum uſurarum, atq; hac ratione ab obligatione illa ſe eximere, non tamen poſterior ſorte ſuâ præferetur priori quoad uſuras poſtea currentes, ut reſpondet *Scævola in l. Lucius. qui potior.* Nam etſi debitor, ut dictum eſt, ſortis ſolutione ab uſurarum curſu liberare ſe poſſit, tantum tamen abeſt, ut propterea ante ſolutionem illam uſurarum nomine obligatus non dicatur, ut vel ob hoc ipſum, quia obligatus eſt, ſolvere teneatur, neq; aliter ſe eximere poſſit: meritò igitur propter hanc obligationem ex prima conventione deſcendentem prior creditor præfertur poſteriori. Non itaq; neceſſe eſt, ut propter *d. l. Lucius.* diſtingvamus inter obligationem principalem & acceſſoriam, ſicut facit *Angelus in l. filius familiâs de verbor. obligat.* quem propterea meritò reprehendit *Crotus in d. l. ſi is qui pro emptore n. 30.* Per hanc etiam conſiderationem facilè vitari poteſt omnis difficultas, quam circa illum textum movet Socin. *conſ. 14. vol. 4.* (k) (k)

Ita ſi quis ſub conditione, niſi Calendis Maii Stichum dederit, promiſerit dare decem ſub hypotheca, eamq;

medio tempore alii in alium casum obligaverit, nemo facilè dixerit, posteriorem creditorem potiorem esse. Nam etsi in potestate debitoris sit, dando Stichum efficere, ne committatur obligatio principalis dandorum decem, cui hypotheca annexa fuit: Hæc tamen ejus potestas non impedit, quò minùs interim ad decem ita obligatus sit, ut nisi Stichum det præfinito tempore, decem præstare teneatur. Meritò igitur ad ipsum obligationis contractæ tempus hypotheca refertur, juxta *d. l. qui balneum.* ut sensit *Fulgos. in d. l. Lucius & Mudæus in d. loco.* Aliud exemplum habetur apud *Specul. de oblig. & solut. §. 1. vers. illud etiam quæritur.* quod refert *Hemin. in d. c. si pro te.*

25 Hinc etiam † septimò non erit difficile judicatu, quatenus verum sit id, quod *ex d. l. potior. interpp. colligunt, ibi & in l. si is qui pro emptore. de usucap. & in l. filiusfamilias. & in l. cum quidam. §. fin. de verbor. oblig.* Eam tantùm conditionem, quæ à futuro eventu dependet, & casualis dicitur, retrotrahi, non autem, quæ in potestate contrahentium sita est & potestativa appellatur: addentes hanc rationem, quia cum in potestate alicujus fuerit antè implere, deficit æquitas, quæ alioqui, ut retrotrahatur conditio, efficere solet, quod etiam secutus fuit *Negusant. de pignor. in membr. 5. part. pr. n. 9.* (l) Non enim hoc ita generaliter verum esse potest in omni potestiva conditione, sed in illa tantùm procedit, quæ à potestate debitoris ita dependet, ut non implendo pœnitere & pro arbitrio efficere possit, ne ulla contracta videatur obligatio, ut ex jam commemoratis manifestum est. Nimis igitur generaliter locuti sunt, & hac generalitate intricatam reddiderunt materiam. Deinde neq; etiam ratio ab ipsis considerata satis convenit. Si enim conditio in commodum debitoris, in cujus potestate fuit illam adimplere, esset retrotrahenda, dum demum posset aliquo modo locum invenire ista consideratio, quasi non satis æquum sit, conditionem retrotrahi in utilitatem ejus, in cujus potestate fuit eam prius adimplere, cum sit, quod ei meritò imputetur, sed cum in proposito, quoties retrotrahitur conditio, id in commodū creditoris cedat, ut is pignus ante posteriorem obligatum habeat atq; propterea huic præferatur: Certè ex eo, quod in potestate debitoris situm est, conditionem prius adimplere, nihil imputari creditori, neq; propterea minus æquum videri potest, ut conditio trahatur retrò, quantumvis illa in potestate debitoris sita sit. Quinimò si æquitatis ducenda esset ratio, longè tùm æquius fuerit tùm justius, ne debitor facto suo nocere queat creditori, quàm ut hic illo prægravari debeat. Præterea si ideò, quia in potestate debitoris est implere conditionem, cessat æquitas, quæ fuit, ut conditio trahatur retrò, certè multò magis cessare debet, siquidem in potestate creditoris illa sita esset: cum tamen nihilominùs hoc casu retrahatur conditio, ut fatetur Interp. Manifestum est igitur, æquitatis considerationem nihil huc facere, veriorem autem esse rationem illam quam hactenus explicavimus. Juxta † quam e- 26 jus, cur ejusmodi potestiva conditio non retrotrahatur, hæc insuper potest reddi ratio, quia deficit extremum habile, ad quod referri debet conditio existens, Nam cum in potestate debitoris sit, ut non implendo pœnitere & efficere possit, ut nulla videatur contracta obligatio, atq; adeo priusquam perficiatur contractus, nulla sint jacta fundamenta obligationis, quæ ipso conventionis tempore aliquo modo devinctum teneant promittentem, (m) mirum certè non est, cur ad id, quod ne existit quidem, non trahatur retrò conditio deinde existens. Ad hoc enim ut retrotrahatur aliquid, duo extrema habilia à quo & ad quod requiruntur, ut tradunt uno ore Interpretes, *in d. l. si is qui pro emptore.* translativam hanc appellantes fictionem.

Etsi

Etsi autem præter communem illam rationem quidam ex interpretibus ad eandem etiam, quam nos adduximus, respexerint. Præsertim *Paul. de Castr. in d. §. fin. l. cum quidam. & Negusant. in d. loco, adducentes gl. in Clem. 1. & c. si pro te.* (*a*) quia tamen obscurius loquuntur, neq; animi sensa satis explicant, ideò prolixiùs de his agendum fuit. Nam etiam Zasius *in d. §. final. & ex d. gl. in clem. 1.* novum aliquid & legistis incognitum afferre voluit, non tamen satis se extricare potuit. Et de pignore, de quo ipso contractus principalis tempore conventum fuit, hactenus.

Quando verò non ipso contractùs tempore, sed diverso de pignore conventum fuit, tum refert, an pignoris conventio præcesserit an secuta fuerit.

27 Si † enim ante contractum de pignore conventum fuerit, tùm quia conventio ista accessoria sine principali consistere nullo modo potuit, ab ipso contractus tempore incipit pignus, & propterea is, cui interim eadem res pignori data fuit, præfertur. Et hic propriè est casus *l. pen. Quæ res pign. oblig. non poss. & l. potior. in princ. qui potior. in pign.* Nam ibi tempus pecuniæ numeratæ tantummodò consideratur, quia antea de contractu mutui nihil conventum, neq; adeò ullus contractus initus fuerat, sed ille demum à numeratione incœpit: meritò ergo ab eo etiam tempore pignus initium cœpit. Quemadmodum in principio prolixius explicavimus. Estq; circa text. *in d. l. potior.* observandum, quod Jurisconsultus in initio tantùm de credita & numerata pecunia, atq; ita eo de casu loquitur, ubi nulla præcedente conventione obligationem aliquam pariente à numeratione cœpit mutuum: In sequentibus verò verbis loquitur de casu, quo retento eodem themate à stipulatione incœpit mutuum, utputa, si ego tibi stipulanti accepto pignore promiserim decem daturum mutuò, si navis ex Asia veniret. Hoc enim casu licet interim alius crediderit & res eadem huic oppignorata fuerit, nihilominus prior creditor potior erit: non considerato quod in potestate ejus, qui dedit pignus, fuerat, non accipien do pecuniam liberare pignus, quia nimirum ex stipulatione præcedente ea sunt posita obligationis fundamenta, ut promittens non pœnitere possit, sed volente stipulatore ad numerandum devinctus erat, juxta *l. 1. qui potior. in pign.* & ea quæ suprà à nobis tradita fuerunt.

Sin † autem post contractum demum perfectum de pignore conventum fuerit, tum hujus conventionis pignoratitiæ potiùs, quàm contractus tempus inspicitur. Denique ex iis, quæ hactenus explicata fuerunt, ut inde quædam quasi causæ conjectio fiat, generalis potest constitui regula: 28

In † dijudicando uter creditorum tempore prior, atq; ex hoc alteri præferendus sit, ipsum conventionis tempus spectandum, sive purè sive in diem, sive ex conditione illa inita fuerit: modò talis fuerit conventio, quæ licet non præsentem secum traxerit obligationem, futuræ tamen obligationis ea posuerit fundamenta, eamq; secum afferat necessitatem, ut neuter contrahentium, vel saltem alteruter pœnitere amplius non possit. 29

Quod si verò integrum est debitori, ut pœnitendo efficere possit, ne ulla videatur contracta obligatio, tum non conventionis, sed illud potius tempus attendendum, quo ita obligari cœpit, ut amplius pœnitere nequeat, *d. l. qui balneum. & d. l. potior. & d. l. Lucius. qui potior. in pignor.*

Secundum hæc itaq; ex facto quæsitum fuisse memini (*m*) Titius cum sæpius propter magnam negociationem pecuniam sub fœnore accipere necesse haberet, ne semper in fidejussoribus quærendis occuparetur, pacto cum Mævio inito effecit, ut is promitteret, (*m*)

 se si-

le fidejussorie nomine pro eo inter-
cessurum, quoties requireretur, ita ta-
men ut omnia Titii bona pro damno,
quod inde Mævio contingere posset,
sint hypothecata. Cumq; deinde ea-
dem bona Titius pignori aliis obligas-
set, priusquam Mævius pro eo fidejus-
sisset, vel etiam solvisset; fuit dubita-
tum, utrum pignus fidejussoris à tem-
pore primæ conventionis, an à fidejus-
sionis, an verò à solutionis tempore
cœperit: & quibus creditoribus hoc
nomine præferendus sit. Et quamvis
pignoris conventio fuerit inita longè,
antequam revera intercesserat pro Ti-
tio Mævius, quia tamen adhuc inte-
grum erat Titio, utrum æs alienum
contrahendo Mævium vel alium fide-
jussorem dare vellet, neq; adeò, ut Mæ-
vium daret, ulla juris necessitate adigè-
batur: Conventionis tempus non ma-
gis spectandũ videbatur, quàm in casu
quo debitori liberum est non accipe-
re, ut *in d. l. potior. in princ. & in l. pen. qui*
res pign. oblig. Licet autem tum etiam,
quando Mævius intercedendo fidem
suam pro Titio interposuerat, in pote-
state Titii fuerit, nihilominùs solven-
do debita efficere, ne Mævius tenere-
tur, atq; hac ratione ab obligatione se
eximere: non tamen propterea id tem-
pus, quo usuræ cucurrerunt, conside-
ratur, *in d. l. Lucius.* neq; etiam solutio-
nis, *d. l. 1. qui potior.* sed quod reliquum
est, ipsum tempus quo fidejussorio no-
mine Mævius intercesserat, attenden-
dum, atq; ex hoc non illis creditori-
bus, quibus antequam fidejusserat, bo-
na illa oppignorata erant, sed his tan-
tùm, qui post ejus fidejussionem ea bo-
na pignori acceperant, præferendus
videtur: cum ab eo tempore verè ob-
ligatus, atq; ex hoc etiam pignoris ob-
ligatio efficax esse cœpit, *d. l. qui balne-*
um. Atq; ita aliquando in causa gravis-
sima ab illustri quodam dicasterio ju-
dicatum fuisse memini. Movit enim
quod JCtus *in d. l. potior. & in d. l. pen.*
tantummodò considerat, fuisse in po-
testate debitoris, qui pignus dederat,
non accipere pecuniam, & quod inde
Interpp. generaliter colligunt, quoties
est in potestate debitoris dantis pi-
gnus, ut non accipiendo pecuniam se
ab obligatione eximere possit, tùm à
numerationis tempore incipere pi-
gnus.

Sed † re diligenter considerata planè 20
in eam sententiam devenio, ut existi-
mem, illud ipsum tempus spectan-
dum, quo Mævius, cui pignus datum
fuit, promiserat se intercessurum pro
Titio propter text. *in l. 1. qui potior. in*
pign. suprà in principio à nobis explica-
tum. Verba enim illius L. luculenter
probant, etsi in potestate dantis pignus
sit, non accipiendo pecuniam liberare
pignus, si tamen promittens ita devin-
ctus est, ut in potestate ejus non sit non
solvere, quod tum conventionis non
solutionis tempus spectandum sit, &
quod adeò ad hoc, ut conventionis
tempus consideretur, non tàm inspici-
endum, utrum is qui dedit pignus, ob-
ligetur, quàm hoc etiam, utrum is, qui
accepit pignus, devinctus sit. Quan-
tumvis igitur in proposito in potestate
Titii, qui dedit pignus, sit, utrum Mæ-
vium fidejussorem dare velit nec ne,
tamen Mævius is, qui acceperat pi-
gnus, ex promissione sua obligatus e-
rat, atq; ad requisitionem debitoris in-
vitus tenebatur intercedere. Meritò
igitur ab ipso obligationis tempore pi-
gnus incipiet, *ut in casu d. l. 1.* Nec quic-
quam obstat, quod *in d. l. pen. & d. l. po-*
tior. consideratur, esse in potestate de-
biteris, ut non accipiat pecuniam. Hoc
enim ex eo descendit, quia ante nu-
merationem nullus præcesserat con-
tractus; quo alteruter obligatus esset,
ut suprà declaravimus. Quare si in hac
etiam specie nulla præcedente promis-
sione de fidejubendo, simpliciter con-
ventum fuisset, quod si pro debitore
intercederet, bona ei oppignorata esse
deberent, tùm sanè juxta terminos *d. l.*
potior. à fidejussionis demum tempore
inciperet pignus. Atqui cum Mævius
acci-

accipiens pignus, promiserat se fidejussurum, atque adeò hîc intervenit contractus, ex quo ita devinctus tenetur, ut non amplius in potestate ejus sit, utrum fidejubere velit, sed ad hoc obligatus sit: utiq; ad ipsum obligationis tempus pignus referendum videtur, ut in casu *d. l. 1. qui potior. in pignor.*

Quia in gravissima quadam causa illustres personas concernente mihi, vivente adhuc parente, oblata in eandem sententiam ipso sciente & approbante respondi, placet, cum bona Lectoris venia, partem ejus responsi propter facti speciem non inelegantem nec infrequentem hîc inserere.

Es haben Leonhard vnd Friederich ein Gesellschafft eines Bergwercks halben miteinander auffgerichtet vnd ist vnter andern in der Gesellschafft Verschreibung abgeredet worden / wenn ein Theyl aus den Gewercken mit der Vorlage vnd Zubusse seumig seyn / vnnd das ander Theyl in mitlerweile vorlegen würde / daß der nichtzahlenden Parthey gebührender Antheyl im Handel des andern recht specificirtes Vnterpfand seyn solte / biß die Summa völlich bezahlet sey. Darauff haben die Gesellschafften den Handel eine lange Zeit miteinander geführet / Leonhard aber ist nicht allein bißweilen mit seiner Vorlage seumig worden / derwegen jhn Friederich vigore conventionis istius vorleget / sondern es hat auch Leonhard sein Antheyl des Bergwercks einem andern / Christoff genandt / vor eine Ansehnliche Summa Geldes mitlerweile verpfendet / als sich nu hernacher die Gewercken miteinander berechnet / hat sich befunden / daß Leonhard Friedrichen 50000. fl. wegen des Verlags schuldig blieben / derwegen er jm eine sonderbare Schuldverschreibung gegeben / vnd neben allen andern seinen Gütern in specie dieses Bergwerck wiederumb hypotheciret vnd verschrieben.

Als aber Friederich eine Zeit hernacher die wirckliche Immission in sein eingesatztes Vnterpfand gesuchet / vnd zu solchem Ende allein die letzere Verschreibung / so nach der Berechnung gegeben / produciret, Interponiret sich Christoff / vermöge seiner eltern hypothecæ, vnd wil Friederichen vorgezogen seyn. Hiergegen wendet Friederich ein / daß die jhme zustendige hypotheca nicht allein erst aus der letzten herkomme / sondern aus der ersten Gesellschafft Verschreibung / welchem nach sie weit elter / als Christoff lengst hernach erlangtes Recht / dessen jhm der Christoff / weil Friederich damals zur Zeit der Gesellschafft Verschreibung noch nichts außgezahlet / nicht gestendig. Ist derwegen die Frage / welcher dißfalls dē andern zu præferiren sey.

Solchs gründlich zu entscheyden / ist vornemlich auff die erste Gesellschafft Verschreibung / vnd was Friederich daraus ratione hypothecæ vor ein Recht erlanget / zu sehen. Nun befindet sich zwar in demselben eine außdrückliche hypotheca, welche auch ratione temporis weit elter als Christoffs / Es ist aber dieselbe allein auff den Fall gerichtet / wenn ein Theyl mit dem Vorlag seumig / vnd das ander jhn vorlegen würde / daraus denn folget / das ehe vnd zuvor dann ein Theyl vor den andern etwas außgeleget / die hypotheca noch nit gentzlich eingeführet oder in esse könne sein / denn weil contractus pignoris oder hypothecæ anders nicht als ein accessorium ad principalem contractum ist / *l. Insulam. ubi not. Bart. in fin. qui potior. in pignor.* so kan derselbe vor sich selbst nicht bestehen / ehe der principalis contractus in rerū naturam produciret worden / *text. & ibi Bart. in l. contrahitur. de pignor.* & de simili contractu fidejussionis traditur *in l. stipulationi. §. adhibere. & in l. fidejussor obligari ubi not. Bart. in princip. de fidejuss. gloss. in l. sciendum. de verbor. obligat. Alex. cons. 34. num. 20. vol. 6.*

Nun ist aber gewis / quod contractus principalis nempe mutuum oder

der Vorlag ante realem numerationem in esse productus non sit, dan je vor gethaner Außlage kein Theyl dem andern etwas zu thun schuldig gewesen / cum sit contractus, qui neque verbis neque nudo consensu, sed re tantùm perficiatur, §. 1. *instit. de oblig. quæ re contr. l. 2. & per tot. si cert. petat.* Darumb so hat auch die solchem contractu mutui anhengige hypotheca jhre Krafft vnd Wirckung ehe nicht erreichen können / biß der Häupt contract an jhm selbst richtig / vnd durch wirckliche Außzahlung erfüllet sey. Hypotheca enim omnes illas qualitates & conditiones recipit, quas principalis contractus & eo pendente pendet, *l. grege. §. si sub conditione de pignor. Bart. in d. l. insulam. & not. in d. c. accessorium de reg. jur.*

Ob nun wol solche Auszahlung vnd Vorlag endlichen ex parte Friderici erfolget / daher es keinen zweiffel / das eben dadurch die zuvor vorschriebene hypotheca kresftig worden / vnd also ermelter Friederich an seines Mitgewercken Bergtheyl ein bestendiges Pfandrecht erlanget.

Dieweil es sich aber aus der vberschickten facti specie fast dafür ansehen lesset / als wenn solche Außzahlung von Friederichen erst zu der Zeit geschehen were / da Leonhard allbereyt sein Bergtheyl einem andern / als nemlich Christoffen gegen einer gewissen Summa eingesatzt vnd vorschrieben / so wird Friederich mit seinem hernacher erlangten Pfandrecht ermeltem Christoff nicht vorgezogen werden können / denn es ist klares Rechtens / wenn sich gleich jhr zwey miteinander dahin vergleichen / da einer dem andern künfftig etwas leihen vnd vorsetzen würde / daß dem Gleubiger ein gewis Stück Guts dafür vnterpfändlich hafften vnd eingesetzt werden sol / ehe aber solch Gelt wircklichen gezellet / das Gut einem andern gegen gebührlicher Auszalung auch vorschrieben wird / daß in solchen Fall der jenige / welcher erstlich die Auszahlung wircklichen gethan / dem andern vorgezogen werden sol / vngeachtet derselbe sich des Pfands halben lengst zuvor mit dem Schuldman vergliechen / den Heuptcontract aber erst hernacher geschlossen / text. apertus *in l. potior. qui pot. in pign.* ubi dicitur, potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam & accepit hypothecam, quamvis cum alio antè convenerat, si ab eo pecuniam acciperet, sit res obligata, licet & ab hoc postea acceperit. Poterat enim quamvis antè convenit, non accipere ab eo pecuniam, similis text. *in l. pen. quæ res pign. oblig.* aus welchem klar zu vernehmen / quod in hac prioritatis disputatione nicht auff die Zeit / wenn sich die Partheyen eines Pfands verglichen / sondern allein dahin gesehen werden muß / wenn die Auszahlung wircklichen folget darumb ob sich wol Friederich mit Leonhard vorlengst auch eines Pfands verglichen dieweil aber dennoch zuvor vnd ehe denn jhm Leonhard etwas schuldig worden / einander durch wirckliche Auszahlung einen rechten Contract geschlossen / vnd darauff ein Pfand in die Güter erlanget / so mus in hoc concursu creditorum vielmehr auff den gesehen werden / welcher alsobald wircklich geschlossen / als was etwa Friederich hernacher hat thun mögen / sintemal der / qui pecuniam realiter numeravit, & hypothecam ejus nomine sibi constitui fecit, einen richtigen bestendigen Contract vor sich hat die Abrede aber mit Friederichen de re pignori danda erst auff den künfftigen Fall / wenn er etwas auszahlen würde / gerichtet / per quam quidem numerationem postea subsecutam alteri jus interim plenè quæsitum, tolli non potuit. Quò pertinet, quod in genere traditur, quando de ordine quæstio est, & duæ qualitates ad perfectionem alicujus concurrere debent, si istarum qualitatum una in primo incipiat, prius autem in secundo ambæ perficiantur, quàm secunda ad primum accedat, eum præferendum esse, qui prius illas duas qualitates conjunctim nactus est,

est, *argum. l. quoties. C. de rei vendit. l. is à quo. ff. eo. l. pen. de pet. hæred. l. sive autem. §. si duobus. de public. Ruin. cons. 19. n. 11. vol. 1. Asin. de execut. §. 6. c. 10. n. 12.*

Vnd ob wol nicht ohne das sonsten zu Recht versehen / wenn ein Contract sub certa conditione in futurum eventum collata geschlossen / vnd demselben eine hypotheca mit angehangen wird / hernacher aber die Condition sich zutreget / vnd dadurch den Contract purificiret, daß alsdann die den Contract angehefftte hypotheca alsbald à tempore impleti contractus ihre Krafft vnd Wirckung der Gestalt habe / daß / wenn gleich mitlerweil ehe die Condition erfüllet / einem andern das versatzte Gut auch außdrücklich vnd purè verschrieben worden / dennoch der jenige / qui prius sub conditione contraxit, dem andern vorzuziehen sey / *text. in l. qui balneum. qui potior. in pignor. & in l. potior. §. videamus eod. tit.* unde generaliter tradunt Interpretes, conditionem in contractibus retrotrahi, *not. in l. si filiusfamiliàs. de verb. oblig. & in l. si is qui pro emtore. de usucap.*

So wird doch solches in den jetzt allegirten Texten allein de conditionibus casualibus seu in incertum eventum collatis, nicht aber de potestativis (ut vocant) verstanden / ut apertè probatur *in d. l. qui balneum. ibi. si modò non ea conditio sit, quæ invito debitore impleri non possit.* Ex quo & Interpretes id, quod de conditione in contractibus retrotrahenda dicitur, declarant, ut non procedat in conditione potestativa, ut not. omnes *in d. l. si filiusfamiliàs. Socin. sen. cons. 41. in princ. vol. 4. sequitur. Negusant. de pignor. in 2. membr. 5. part. princ. num. 9. vers. sextodecimo. Joann. Batist. Asin. de execut. §. 7. c. 31.* Quia enim ejusmodi conditiones in arbitrium contrahentium collatæ è mera alterutrius voluntate dependent, ita ut in ejus arbitrio sit, conditionem implendo contractui locum facere, aut eum planè omittere, ideò antequam conditio facto patris committatur, lex nihil actum esse putat, & propterea etiam hypothecam contractui sub potestativa conditione suspenso additam non prius vim habere vult, quàm ipse contractus existat, *d. l. qui balneum.* Wie dann auch die JCti sonst fast generaliter dahin schliessen / quoties ab arbitrio ejus, qui pignus dedit, adhuc pendet, an contractum principalem, cujus spe pignus est constitutum velit inire toties pignus antea non contrahi quàm principalis obligatio sit inducta, *text. in d. l. potior. ibi. Poterat enim, licet antea convenit, non accipere pecuniam, & in d. l. Titius ibi. cum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere.* Ex quibus locis manifestè apparet, et si de pignore conventum sit, quoties tamen adhuc in potestate debitoris est, ante contractum velit procedere necne, tempus demum initi contractus principalis considerandum esse, ut per dicta jura docent *Interpp. ibi. Socin. d. cons. 41. Negusant. d. nu. 9. Augustin. Beroius cons. 46. num. 15. vol. 1. Gabriel. Mudaus tract. de pignor. tit. quib. mod. pign. solvat. Donell. in tract. de pignor. c. 12.* Per quæ jura ita à Scabinis Lipsensibus responsum esse testatur Dn. Daniel Mollerus *ad Const. Elect. Sax. part. 1. Const. 28. n. 71.* in casu quo Titius mercator Mævio omnia sua bona obligarat pro mercibus quas singulis nũdinis esset ab eo accepturus. Nam cum is Titius multas merces distinctis vicibus à Mævio accepisset, interim autem & alibi æs alienum sub hypotheca eorundem bonorum contraxisset, concursu creditorum facto, Mævius earum tantum mercium ratione prælatus fuit, quas ante contractum à cæteris pignus credidisset, non etiam earum, quas postea, quãvis ejusdẽ hypothecæ intuitu tradiderat, quia nimirum fieri poterat, ut mutata voluntate Titius merces alias à Mævio non emeret, aut etiam Mævius ei non amplius crederet, & sic tempore constitutæ hypothecæ tractatus tãtùm de emendis pluribus mercibus habitus erat, antequam autem is impleretur, aliis Titii creditoribus jus fuit quæsitum.

Nun

Nun hat es aber mit gegenwertigem Contract eben die Gelegenheit/denn ob wol zwischen Leonharden vnd Friederichen abgeredet/ das wenn einer vor den andern was außlegen würde/ sein Antheil dem andern darumb vorpfendet seyn solt/so ist dennoch dieses/ ob einer jemals seumig werden möchte/ gar vngewis gewesen/ vnd hat in der Parthеyen Macht gestanden/ dasselbe zu verhüten/ vnd die Termin richtig jnnen zu halten/ ja das noch mehr ist/wenn auch gleich Leonhard seumig worden were/ ist er dennoch nicht schuldig gewesen sich von seinen Mitgewercken vorlegen zu lassen/ sondern hat jhm nachmals frey gestanden/ andere Mittel zu finden/ atq; ita in potestate debitoris fuit, pecuniam non accipere aut etiam efficere, ne quicquam propter moram suam alter expendere cogeretur.

Vnd hat solches vmb so viel desto weniger zweiffel/ weil es sich dafür ansehen lest/daß auch Friederich in der Gesellschafft Verschreibung nicht eben verbunden gewesen/ seinen Gesellen/ wenn er seumig würde/ zu vorlegen/ sondern ist solches blos in arbitrio contrahentium gelassen/ vnd allein conditionaliter gesast/ wenn einer vor den andern etwas außlegen würde quod sanè per se non disponit, neque alterutrum contrahentium ad pecuniam numerandam obligat, cum generale sit depositis in conditione, nihil per se dispositum videri, *l. si quis sub conditione. si quis omiss. caus. test. l. ex facto de hæred. instit.* Das also zur Zeit der Gesellschafft Verschreibung die Parthеyen dieses Verlags halben gegen einander gar nicht verbunden gewesen/ daraus denn folget/ daß auch die hypotheca tanquam accessoria damals nicht bestendig noch krefftig oder in einiger consideration hat seyn können.

Da aber entweder aus der Gesellschafft Vorschreibung oder sonsten ex natura negocii vnnd Gelegenheit des Bergwercks/ so viel außgeführt werden köndte/daß die Gewercken schuldig gewesen/einander zuverlegen/ köndte alsdenn mit gutem Bestand dahin geschlossen werden/ daß die der Gesellschafft Verschreibung einverleibte hypotheca alsbald damals/ ehe denn einiger wircklicher Verlag erfolget/ vnd daher ratione prioritatis Christoffen vorzuziehē sey Cum enim contractus principalis hoc casu eatenus inesse productus fuerit, ut socios ad numerandum pro altero pecuniam præcisè obligaret, utique etiam hypotheca ei rectè accedere & vires ab initio sumere potuit, cum sufficiat principalem obligationem saltem eatenus subesse, ut alter ex contrahentibus eą devinctus sit, *text. in l. 1. qui potior. in pignor. ibi Cum ex causa promissionis ad universæ quantitatis exsolutionem compellitur, non utiq; solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractis obligationis, ut rectè explicat Connan. lib. 4. Comment. jur. civilis c. 17. & sensit Roderic. Suarez. in repetit. l. post rem judicatem. § septimò limita. num. 4.* dum regulam constituit, quando implementum contractus sequitur de necessitate, diem celebrati contractus inspiciendum, sed quando ex voluntate, inspiciendum diem implementi.

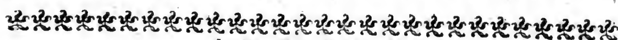
Weil man aber dessen/ob ein Theyl dem andern wider seinen Willen zu verlegen schuldig gewesen/ nicht berichtet/ auch an jhm selbsten nicht vermutlich ist. Als wird es mitlerweil secundum jura paulò antè allegata billich dafür gehalten/weil zuvor vnd ehe der Verlag wircklichen erfolget/ vnter den Parthеyen keine bestendige Obligation gewesen/ vnnd Christoff die Güter ehe wircklichen verpfendet worden/denn der Verlag ex parte Friderici erfolget/ daß er auch mit solcher seiner hypotheca vorzuziehen sey/ utpote cujus obligatio effectum plenarium consecuta sit, antequam contractus Friderici in eventum conditionis potestativæ suspensus perficeretur.

Es hat aber dieses/ was bißher außgeführet/

geführet / allein in dem Fall stat/ wenn/ wie oben bemelt/ Friederich erst hernacher / da Christoffen die Güter allbereit wircklichen verpfendet gewesen/ Leonhard zu vorlegen angefangen/ wenn man aber aus den Handelsbüchern bescheinigen vnd darthun köndte / das Friederich vor deme mit Christoffen geschlossenen Contract Leonhards Antheyl wircklichen vorleget/ so gebe es sich an jhm selbst / weil durch solchen Vorlag die hypotheca, welcher man sich in der Gesellschafft Verschreibung auff solchen Fall vergliechen/ jhre Krafft erreichet / daß sie der jenigen/ welche Christoffen erst hernacher constituiret worden / vorzüziehen sey.

Vnd würde solchem nach nicht alleine auff die Zeit / da sich Leonhard vnd Friederich miteinander berechnet / vnd sich befunden/ daß Leonhard die 50000. fl. im Rest blieben/ zu sehen seyn/ sondern vornemlich dahin / wenn Friederich etwas vor seinen Mitgewercken außlegt/ à tempore enim numerationis hypotheca vires suas accepit. Ob es sich wol hernacher mit der Berechnung eine zeitlang verzogen / wird derwegen in den Handelsbüchern mit Fleis darnach zu sehen seyn/ wenn vnd zu welcher Zeit etwas vor Leonharden ausgezahlet sey.

Subjunxeram quædam de aliis remediis, quibus Friderico consultum esse poterat *ex l. 5. qui potior. & ex l. si fratres. §. idem respondit. ibi. in exigendo quoq; Privilegio utetur: ubi gloss. Pro soc.* Quæ hîc annectere nihil attinet.



ADDITIO

Simonis Ulrici Pistoris, Hartm. F.

(a) Et hoc in proposito *post Bald.* vidit *Berous cons. 64. num. 18. vol. 1.*

(b) Ita omnino intelligendus est locus iste, aliàs è diametro obstabit *l. qui balneum. qui potior, & his quæ infr. n. 14.* dicuntur. Quemadmodum quidem *Petr. Fab. lib. 3. semestr. c. 11. p. 146.* apertè fatetur, manifestam contrarietatem inter ICtos hoc loco esse, & potius Papiniano (ut ipse quidem eum intelligit) quàm Africano aut Martiano assentiendum contendit. Sed si responsum Papiniani ita, ut hîc à parente explicatur, acceperimus, omnis contrarietas cessat & omnia juris rationibus accuratè conveniunt. Quid? quod ipse Faber *p. 149.* fatetur, Papinium hîc de obligatione futura loqui. Si igitur futura est, ergo nondum fuit atq; ita creditor obligatus nondum fuit pecuniam dare.

(c) Communem pronunciat *Berous consil. 46. num. 15. vol. 1.* ubi omninò videndus.

(d) Non igitur assentiendum *Petr. Fab. lib 3. semestr. c. 11. pag. 145.* dum existimat, pignus in hoc textu jam constitutum esse, licet pendeat.

(e) Rectè priusquam dies conductionis veniret, hoc enim est, Ex die *l. 4. de oblig. & act.* Et ratio est, quia consensu, ut notissimi juris est, non recontrahitur locatio, quamvis igitur dies, qua re conducta uti debet conductor nondum venerit, ipse tamen contractus jam perfectus est, cujus qualitatē & conditionem conductor in præjudicium locatoris mutare non potest. Quod ideò monendum fuit, ne cum Guil. Unciac. *quæst. 43.* & Schvvarzenthalio *de pignor. c. 16. n. 17.* putemus rationem dubitandi hujus textus in eo tantum consistere, quod dies pensionis solvendæ nondum venerat, sed & ipse totus locationis contractus in diem suspensus erat, cum proximis demum Calendis conductor immigrare debuerit. Unde videri posset, quia in potestate ejus fuerit, non immigrare, pignus ab eo demum tempore incipere quo immigravit. Sed aliud respondet JCtus, quia nimirum locator omnino jam obligatus erat, per ea quæ paulò antè dicta sunt.

Errat.

(f) Errat igitur *Ripa in l. privilegia n. 42. de privileg. credit.* dum contrarium statuit etiam in conditione casuali, & post eum *Joan. Baptist. Asin. de execut.* §. *7. c. 33.* & ratio qua utitur hîc refutatur.

(g) Videndus omnino *Petr. Fab.* qui contra disputat, *p. 148.*

(h) Aliter *Faber. d. p. 149.* & quidem rectius, quia nimirum in potestate hæredis non est, quominus conditio impleatur & legatum debeatur.

(i) Atqui fieri potest, ut etiam in promissione conditionali potestativa obligatio ex parte promittentis contrahatur ita, ut is promittens necessariò teneatur, nec resilire possit, quandocunq; is, cui promissum est conditionem in potestatem suam collatam implere voluerit. Exempli causa si promisero, me tibi mutuo daturum 100. si uxorem duxeris sub hypotheca bonorum tuorum. In potestate quidem tua est, uxorem non ducendo conditionem non implere, atq; ita impedire, ne obligatio nascatur. Interim tamen ego obligatus sum, quandocunq; tibi libuerit. Unde iniquum fuerit, alium, cum quo interim contraxisti, mihi præferri, *per ea quæ supra dicta fuerunt.* Intelligenda itaq; hæc videntur de ea potestativa conditione, quæ ita apposita sit, ut neuter cōtrahētium antè obligetur, quàm ea impleta fuerit. Unde adhuc eadem subesse videtur æquitatis ratio, & quemadmodum in promissione pura debitor accipiendo pecuniam non potest præjudicare pignori creditoris, ita nec implendo conditionem potestativam

(k) Quem in hoc casu errare post Ripam dicit *Joan. Baptist Asin de execut.* §. *7. c. 32. circ. fin. & plures cumulat Jo. Baptist. Cost. in tract. de retrotract. c. 8. cas. 31. n. 13.*

(l) *Et Jo. Baptist. Asin. de execut.* §. *7. c 31.*

(m) Rectè, si ergo talia fundamenta jacta sunt, ut promittens sub conditione in potestatem ejus, cui promittitur collata obligatus sit, ut pœnitere & resilire non possit, aliud statuendum.

(n) *Guiliel. Ungiac. d. q 43.*

(o) Vide *Gomez. Leon. decis. 85.* ubi etiam casum quendam secundum jura hîc explicata decidit, *& Jo. Baptist. Asin. de execut.* §. *7. c. 32.*



QUÆSTIO XV.

RES EMTA EX PECUNIA AD HOC CREDITA UT EMATUR, AN SIT creditori tacitè obligata, & quomodo ei consulatur.

SUMMARIA.

1. *Res emta pecunia mea mihi obligata non est, nisi de eo expressè conventum fuerit, Privilegium tamen Prælationis habeo ex communi num. 13. quæ impugnatur n. 14.*
   Aliud in mutuante ad refectionem rei n. 2. contra num. 6. vide num. 8. Item in mutuante ad extruendam vel emendam navim num. 3. contra nu. 9. & generaliter in mutuante ad conservationem rei numer. 4. item Fall. in re empta ex pecunia pupilli num. 5. cujus ratio ponitur num. 12.

7. *L. 1. Ex quibus causis pign. tac. contr. explicatur.*
   Ædificiorum urbanorum causa multa singularia in jure statuuntur.

10. *L. interdum. Qui potior in pign. declaratur.*

11. *Habilitas in cæteris præsupponitur, cum de uno*

de uno dubitatur: & omnes qualitates in aliis legibus requisitæ præsupponendæ sunt in actu, de quo Lex simpliciter loquitur.

12. §. His consequens. auth. de æqual. dot. explicatur.

15. Privilegia creditoribus tributa tantùm inhærent actioni personali, nec locum habent contra tertium possessorem. Latius n. 16.

17. Actio tutelæ personalis non competit contra singularem, successorem sed hypothecaria competit.

Fuit quæsitum, utrum is, qui ad emendam domum pecuniam credidit, eam propterea tacitè obligatam habeat, atque inde ea vendita actione reali à tertiò possesso pecuniam repetere possit.

1 Nam † etsi jure nostro generaliter definitum est, prædium emtum pecunia mea non mihi propterea pignoris jure obligatum esse, nisi de eo expressè conventum fuerit, *l. quamvis C. de pignor.* Sunt tamen non leves rationes, quæ in proposita facti specie aliud suadere videntur.

2 Et † primò quidem dubitationem movet, quod de eo, qui ad refectionē domus pecuniā mutuò dedit, ex SCto respondet Papinianus *in l. 1. in quib. caus. pignus vel hypotheca tacitè contrahitur.* eum pignoris nomine domum tacitè obligatam habere. Eadem enim videtur esse causa ejus, qui ad emendam domum credidit, quippe cū hæc duo utrum quis ad restituendam vel ad emendam rem mutuò dederit pecuniam, æquiparari soleant, ut apparet *ex l. qui in navem. & in l. quod quis navis. de priv. credit.*

3 Deinde † idem probat, quod cōmuniter de navi *in d. l. qui in navem*, dicitur eum, qui in navem extruendam vel emendam crediderit, Privilegium habere. Nam licet textus ille de Privilegio tantùm personali loquatur, quia tamen Interpretes *in l. interdum. qui potior. in pignor.* communiter existimant, eum qui ad navem reficiendam credit, illam tacitè obligatam habere, hinc sane videtur idem admittendum in eo, qui ad navim, sive quod eandem videtur habere rationem, ad domum emendam crediderit.

4 Pertinet † huc tertiò, quod generaliter dicitur, *in l. interdum. & seq. qui potior. in pignor. habeantur*, eos, qui ad conservandam rem pecuniam impenderunt, potiores esse debere illis, quibus res antea pignori obligata fuit. Nam hinc sanè non præter rationem colligitur, rem ipsam propterea, quia pecunia eorum servata est, tacitè ipsis obligatam esse, cum alioqui nisi rem ipsam obligatam habeant, præferendi essent illi, quibus prius oppignorata fuit, *l. eos. C. qui potiores in pign. hab.* Quo dato, idem videtur esse admittendum in eo, qui ad emptionem rei pecuniam mutuò dat, cum in aperto sit, longè majorem operam impendere atque adeò majorem afferre utilitatem eum, qui rei de novo acquirendæ causam præbet, quàm illum, qui rem jam quæsitam suis impensis nobis conservat, *argum. l. patre furioso. de his qui sunt sui vel alien. jur.*

Adminiculatur † hisce quartò, quod *in eod. tit. qui potior. in pign. in l. idemq;*, traditur de re ex nummis pupilli comparata, quod pupillus rem illam obligatam teneat, ac propterea cæteris creditoribus anteponendus sit. 5

Quinto hoc luculenter videtur probari *in auth. de æqualitat. dot. §. hic consequens est.* Nam Imp. Justinianus, postquam proposuerat se dicturum etiam de illis creditoribus, qui postremo loco hypothecam nacti antiquioribus tamen propter privilegia legibus data præferuntur, ejus rei hæc exempla affert, quando aliquis propriis pecuniis procuraverit navem cōparare, aut fabricare aut reparare, aut domū forsan ædificare, aut etiā emi agrū, aut aliquid horum. In his enim omnibus (inquit) priores existunt posteriores creditores, quorum pecunia empta aut renovata

vata res est, iis qui etiam multò antiquiores sunt. Et licet deinde dubitationem ex hoc moveat, an non illi, ex quorum substantia res acquisita est, propter privilegium legibus indultum, meritò etiam uxori in dote præferri debeant.

Tandem tamen concludit, eos, qui vel domum renovassent, aut etiam agrum emissent, talia privilegia mulierib. opponere non posse. Quibus verbis perspicuè sanè denotare videtur, eum qui ad domum sive aliam rem emendam pecuniam mutuò dedit, hoc nomine rem emtam pignoris jure obligatam habere. Tum quia disertè proponit, se de illis creditoribus dicturum, qui hypothecam habent, & inter illos esiam refert eos, quorum pecunia res est acquisita. Tum quia hosce, quorum pecunia res est comparata, illis adæquat, qui ad reficiendas ædes mutuò dederunt pecuniam, quos sanè rem ipsam obligatam habere non est ambigendum, *l. 1. in quibus causis pignus. tacit. contr.* Tum denique, quia in decisione deinceps de illis potissimum agit, ex quorum substantia res fuit acquisita.

Nisi enim hypotheca ipsis competeret, frustrà sanè de eo laboraret, an doti præferendi essent, cum alioqui si mutuantes nullo hypothecæ jure, sed tantùm personali privilegio niterentur, perspicuum atque manifestum esset, mulierem, quæ ratione dotis tacitam hypothecam habet, illis longè potiorem esse, *d. l. cos. C. qui potior. in*
(a) *pignor.* (a)

Hanc itaq; ob causam *glos. in auth. quo jure C. qui potior. in pignor. habean.* existimavit eum, cujus pecunia res empta est, hoc ipso rem illam pignoris jure tacitè obligatam habere, quam communiter approbatam esse dixit *Bald. ibi, & eam simpliciter refert Alexand. in l. si cum dotem. §. fin. in fin. solut. matrim. & sequitur Jas. in l. creditor. si cert. petat.*

(b) (b) Quia verò huic conclusioni plurimùm obstat *text. in d. l. quamvis.* ideò ad eum respondet *gl. in d. auth. quo jure* ut tum demum locum habeat, quando ex pecunia simpliciter mutuò data res fuerit emta, secus verò quando eam ob causam expressè data fuit, ut res inde compararetur, *arg. auth. quod obtinet. C. de pignor.*

Veruntamen hisce atq; aliis id genus non obstantibus, sine hæsitatione concludendum, eum, qui ad domum sive aliam rem emendam credidit pecuniam, non propterea rem ipsam pignoris jure obligatam habere. Hoc enim nusquam jure nostro cautum reperitur, non igitur temere asseverandum, *l. Dissentientis, ibi nulla præcipit juris Constitutio, C. de Repud. §. cum igitur. ibi. nec qualibet Lex est tale aliquid dicens. auth. de non eligend. secund. nub.* Erubescimus enim sine lege loqui, *l. illam. C. de collat. §. consideremus. in auth. de trient. & semiss.* & rem verè ita sese habere, quod nulla lege hoc cautum sit, ex iis quæ in dissolutione contrariorũ paulo pòst dicemus, manifestum erit. Quinimò non solùm hoc nusquam jure dispositum est, sed contrarium etjam disertè probatur *in d. l. quamvis. C. de pignor.* Quamvis (ait text.) ea pecunia, quam à te mutuò frater tuus accepit, comparaverit prædium, tamen nisi specialiter vel generaliter obligaverit, tuæ pecuniæ numeratio in causam pignoris non deduxit. Ecce non dicunt hoc loco Impp. nisi ob eam causam mutuò dederis, ut res inde emeretur, sed hunc tantùm casum à regula excipiunt, nisi res specialiter vel generaliter obligata fuerit. In omnibus igitur cæteris casibus, & quod consequens est, etiam tum quando ob rem emendam pecunia mutuò data est, locum regulæ relinquunt, ut pecuniæ numeratio in causam pignoris rem non deducat sine obligatione, idem probatur *in l. licet. C. qui potior. in pignor. habeantur*, dum ibi Impp. ad hoc, ut illi, cujus pecunia prædium comparatum fuit, istud obligatum sit, requirunt, ut pignori specia-

ſpecialiter obligatum eſſe conventum ſit, quod ſanè ſi hypotheca ipſo jure tacitè contracta reputaretur, neceſſe non eſſet. Eſtq; hoc loco, ut etiam *Connanus lib. 4. c. 17. n. 12* animadvertit, notandum, quod textus ad hoc, ut cæteris etiam præferatur, requirit, ſtatim de pignore conventum eſſe. Id quod ea de cauſa exigitur, ut creditor poſſit prævertere cauſas pignoris omnium aliorum antecedentium creditorum, quibus res, priuſquam eſſet in bonis debitoris, non potuit teneri, cum autem incidit ejus eſſe, tùm ſuam conditionem retinet, quæ eſt, ut ei oppignorata ſit, qui in eam comparandam mutuavit. Manifeſtum igitur hinc eſt, abſq; conventione iſta rem tacitè obligatam non eſſe, cum alioqui neceſſe non eſſet, conventionem pignoris ſtatim addere, ſed mox ab ipſo contractus tempore tacita pignoris obligatio ſine expreſſa conventione inciperet. Accedit hiſce etiam text. *in l. Procuratoris. §. planè. de tribut. act.* ubi videmus, merces ex unius creditoris pecunia comparatas, in tributum vocari, neque ullã creditori concedi prærogativam, niſi ipſi pignoratæ fuerint.

6 Quin † quod nec is, qui navis reficiendæ cauſa pecuniam crediderit, ſine conventione tacitam hypothecam nanciſcatur, convincitur *ex l. quod ſi navis. de privileg. creditor.* dum ibi dicitur, eum ſaltem poſt fiſcum habere Privilegium. Nam alioqui, ſi jus hypothecæ tacitæ haberet, etiam fiſco præferendus eſſet, cui præferuntur omnes creditores hypothecarii, qui priores ſunt tempore, ut arguit *Connan. in d. loco.* Ex quo etiam diſtinctio illa à gl. adinventa penitus deſtruitur. Nam & *in d. l. quod ſi navis,* pecunia reſtaurandæ navis gratia expreſsè mutuò data fuerat, neq; tamen magis jus tacitæ hypothecæ conſequitur creditor. Cũ itaq; ex tot ICtorum reſponſis & reſcriptis Imperatorum evidens ſit, illi, qui ad rem emendam pecuniam credidit, regulariter tacitam hypothecam non competere, niſi expreſsè de ea conventũ ſit, huic certè juris regulæ omninò inſiſtendum & ſecundũ eam quæſtio iſta definienda erit. Semper n. regulæ adhærendum, donec contrariũ liquido probetur, *l. 2. cum ibi not. ſi quis in jus voc. non ierit. l. ſuus quoq;. §. puto de hæred. inſtit. c. venerabilis. §. poteſt quoq; de ſentent. excommunic. in 6. Bald. in l. ſi tutor. in fin. C. de ſervit. pign. dat manum.* ideoq; eum, qui nititur exceptione, allegare debere legem, quà caveatur, regulam non procedere, dixit *Bartol. Socin. conſ. 231. in fin. & Cravett. conſ. 25. n. 8.*

Deniq; ut auctoritate etiam ſententiam noſtram comprobemus, hoc disertè docuit *Bart. in d. l. quamvis & in d. l. licet. & in l. ſi cum dotem. §. fin. ſolut. matrim. & in l. interdum.* ubi etiam *Salic. qui potior. in pign. Bald. in d. auth. quo jure in fin. Fulg. in d. l. licet. & in d. l. interdum.* Et hoc cõmuniter tenere *Dd.* dicit *Salic. in d. auth. quo jure,* id quod teſtatur etiã *Alex. in d. l. ſi cum dotem. §. fin.* Idẽ ſecutus eſt *Ripa in l. dabimus. § ſi quis cũ tutore. n. 15. de Privileg. creditor. & in l. SCto. n. 11. in quib. cauſ. pign. tac. contrah. Zaſ. in l. quod quis. eod. tit. & in l. 1. de ceſſ. bon. Connan. lib. 4. cap. 17. n. 12.* ubi ait, luce clarius eſſe non habere jus pignoris eum cujus pecunia res emta eſt. *Neguſant. de pignor. in quarto membro 2. part. n. 163. verſ. ſeptimus dec. caſ. & in ſecund. membr. 5. part. n. 3. Hugo Donell. de pign. c. 4. in fin. Bald. de pign. c. 7. in fin. Vanteranus de Priv. cred. c. 8. (c)* (c)

Ut proinde ſententia iſta non tantũ ſolidis juris rationibus ſuffulta, ſed etiam crebriori Interpp. calculo ſit recepta. Meritò itaq; ſecundum eã tàm judicandum quàm reſpondendum erit. Cum præſertim ea quæ in primã opinionem fuere adducta, ita firma nõ ſint, quin facili negocio dilui poſſint, licet interim jura illa variè intelligi ſoleant ab Interpp. & hæc varietas obſcuritatem quandam & difficultatem pariat.

Nam † quod attinet *ad l. 1. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tac. contrah.* cõmuniter exiſtimatũ eſt, publicæ utilitatis gratia in domibus ſpeciali ratione eſſe indul- 7

 tum,

tum ut is, qui ad reficiendam domum credit, jus tacitæ hypothecæ consequatur, quippe cum in ædificiis tuendis sarciendisq; publica utilitas versetur. Agitur enim in eo dignitas urbis & ornamentum, ut ædificia integra sint, & benè composita, non cassa & ruinosa, ne ruinis adspectus urbis deformetur. Ideoq; non in hac re tantùm, sed etiam aliis contra non necessarias demolitiones ædificiorum pro iis augendis & satis rectis tuendis, multa legibus cauta & constituta sunt. Nam *lege. 12. tabul.* de tigno injuncto alienis ædibus agere non permittitur, ut eximatur, ne per eam causam ædificia diruantur, *l. 1. de tigno junct.* Et SCtis ea, quæ ædibus juncta sunt, legari auferrique non possunt, *l. cæteru. de leg. 1.* Præsidibus etiam specialiter mandatum est, ut inspectis ædificiis Dominos eorum causa cognita reficere ea compellant, & deformitati auxilium ferant, *l. Præses de offic. Præsid. l. ad Curatores. de damn. infect.* Quin & generaliter cautum est, ut curæ Magistratibus sit, ne publicus deformetur adspectus, *l. 2. C. de ædific. privat. l. 5. C. de oper. publ.* Ex eadem itaque ratione & hoc inductum est, ut qui pecuniam ad restitutionem urbani prædii credidit, tacitam hypothecam habeat, ut not. *Dd. in l. creditor. si cert. petat.* & ibi post alios *Alciat. cui interpretatione subscribit etiam Hugo Donell. in d.*

(d) *loco.* (d) Hæc a. ratio penitus cessat, quando ad emendam domum pecuniam quis credidit. Nihil n. is ad conservationem ædificii & ad ruinas prohibendas, id est, ad utilitatem publicam contulit, neque ad publicum civitatis aspectum vel ornamentum quicquam attinet, utrum tu vel alius ædes possideat, modò ædificia sarta tecta sint. Non igitur Privilegium istud ad eum casum pertinere poterit, cum regulariter cessante ratione etiam ipsa dispositio cessare soleat. Ita declarat *Hugo Donell. in d. loco.*

Quinimò Privilegium istud usque adeò de solo refectionis casu, de quo loquitur, intelligendum est, ut à plerisque traditum sit, istud locum non habere in pecunia credita ad ædes de novo extruendas, ut post *gl in d. l. interdum. docet Bart. & Salicet. ibi.* & sensit idem *Angel. in l. Privilegia de privileg. credit. Decius in d. l. creditor. & ibi Alciat. & Zas. in l. 1. de cess. bon.* Multò itaq; minùs ad propositum nostrum extendi poterit. Non † desunt etiam, qui hanc 8 rationem improbantes, ne illis quidē, qui ad reficiendas ædes crediderint, jus tacitæ hypothecæ competere existimant, nisi pignoris causa hac refectione salva facta fuerit, moti, quoniam JCtus *in d. l. interdum*, refectioni jus hypothecæ concedens, non habet rationem publicæ utilitatis, sed tantùm considerat, utrum pignoris causa ea refectione salva facta fuerit, atq; interim alia exempla affert, quibus consideratio publicæ utilitatis non satis convenit. Non igitur putant illi, publicæ utilitatis ratione jus hypothecæ competere, nisi etiam hoc simul concurrat, quod causa pignoris salva facta fuerit. Hoc sensit Balduinus & Vanderanus in locis paulò antè adductis. Et ante ipsos hoc etiam clarè docuit *Connan. in d. loco,* qui plus addit, neq; tùm quando causa pignoris salva facta fuit, jus hypothecæ competere, in quo etiam ipsi adstipulatur Balduinus, sed de hoc paulò post dicturi sumus. Posset etiam pro opinione ista considerari, quod JCtus *in d. l. quib. caus. pig. vel hypot.* ait ex SCto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus hoc datum esse. Nam cum verba ejusdem edicti recenseat Ulpianus *in l. si ventri. §. Divus Marcus. de privileg. creditor.* & tantùm de privilegio dicat, nullam autem pignoris mentionem faciat, atq; insuper in duob. locis, videlicet *in l. 1. de cess. bonor. & in l. creditor. si cert. pet.* tantùm privilegii habeatur ratio, nulla autem pignoris, inde colligi posse videtur, id quod de pignore *in dicta l. 1.* dicitur, à compilatoribus saltem additum fuisse. Sed cum *in d. l. 1.* disertè

discertè de pignore asseratur, nos sanè claris verbis potius quàm incertæ conjecturæ inhærere malumus, & secundum communem Interpp. sententiam existimamus, eum, qui ad reficiendas ædes mutuò dedit pecuniam, illas pignoris jure tacitè obligatas habere. Nec quicquam impedit, quod *in d. l. interdum.* consideratur, utrum pignoris causa salva facta fuerit. Non enim ibi de ædibus, sed de navi dicitur, ad quam ratio ista, quæ, ut diximus, tacitæ hypothecæ in refectione domus causam præbuit, non usq; adeò pertinet. Ut proinde illi, qui à communi sententia discesserunt, non satis animadvertisse videantur, ad diversas illas facti species, de quibus *in d. l. 1. & d. l. interdum.* agitur, ac mirandum propterea sit de Connano, quod non consideratis verbis *d. l. 1.* hoc asseverare ausus fuerit, cum tamen alioqui verba legum diligentissimè examinare atque enucleare soleat.

Quæ† secundo loco de iis qui vel ad navem reficiendam vel emendam pecuniam crediderunt, *in d. l. qui in navem. & in l. quod quis navis,* dicuntur, ea tantum ad privilegium personale pertinent. Cum interim in proposito de tacita hypotheca agamus non igitur jura illa huc accommodari poterunt. Et quamvis multi etiam illi, qui ad refectionem navis pecuniam credidit, jus hypothecæ tribuant, *ex l. interdum.* Sunt tamen contra non pauci, qui aliter existimant, ut senserunt *Connanus, Balduinus, Hugo Donellus & Vanderanus (e) in dd. locis* quorum opinio non solùm ex eo probabilis fit, quod nusquam in toto jure nostro cautum reperitur, hoc casu tacitam hypothecam concessam esse, præter *d. l. interdum.* quam tamen hoc non satis probare, ex iis, quæ mox dicemus manifestum erit, sed etiam propter textum *in l. quod si navis de privileg. creditor.* quem suprà in hanc sententiam ponderavimus. Et dato primam opinionem tenendam esse, tamen illi ipsi, qui ei subscripserunt, loquuntur tantùm de eo, qui ad reficiendam navem pecuniam crediderit, & aliud statuunt in eo, qui ad navem de novo emendam pecuniam credidit, ut docet *Bartolus, Salic. & Fulgos. in d. l. interdum.*

(e) ?.

Non itaque sine lege & authoritate ad eum casum quoad emendam navem pecunia mutuò data est, extendi poterit. Præterea illi, qui istud asserunt, hac potissimum nituntur ratione, quoniam Reipublicæ interest, multas benè instructas habere naves ad usum commerciorum & annonæ, ut not. *glos. & Doctores in d. l. interdum. & Zasius in d. l. quod quis.* Hanc autem rationem ad propositum non pertinere satis jam à nobis ostensum fuit. Non igitur ea, quæ de navi ab interpretibus tradita reperiuntur, ad casum nostrum accommodari poterunt.

Quod attinet † ad textum *in d. l. interdum. & seqq.* is non uno modo intelligitur. 10 Communiter enim ita eum interpretantur Dd. quasi is, qui ad conservationem rei pecuniam credidit, hoc ipso tacitam hypothecam inde consequatur, ut post *glos.* sensit *Bart. Salicet. & Fulgos. ibi.* & tenuit etiam *Vanderanus*, licet is ad eum duntaxat casum hoc restringat, quando quid fuit impensum in conservationem rei, quæ prius alteri fuerat obligata. Hugo verò Donellus contra existimat, textum illum ita intelligendum esse, quasi illi, qui ad conservandam rem credidit, ea expresso pacto pignori obligata esset. Neque enim (inquit) eo loco tractatur, quomodo navis obligetur pignori, sed ex iis, quibus obligata est diversis temporibus, quis sit potior quæritur. Ille igitur erit potior, qui ad eam reficiendam pecuniam credidit, quantumvis posterior crediderit, dummodo illud prius supponatur, huic quoque fuisse obligatum, quod fit aperta conventione. Connanus autem, etsi is etiam arbitratur in casu illius

Legis eos, qui ad conservationem rei pecuniam crediderunt, illam propterea pignoris jure non obligatam habere, nihilominus tamen concedit, eos illis, quibus ea res prius obligata fuit, sine aliquo pignoris nexu potiores esse. Ejusq; hanc rationem affert, Quia necessarii sumptus partem rei faciunt, cum dicantur eam imminuere, ut si in navem tuam, quæ valebat X. aureis, impendi, necessariò V. jam habes navem XV. aureor: Cujus tertia pars mea quodammodo est, & quod ad te attinet, navis tua X. tantùm aureorum est cum quod plus est, mihi debeatur, inprimisq; sit de ejus æstimatione deducendum. Nec hoc fraudi est prioribus creditoribus, quibus relinquitur facultas persequendi pignoris usq; ad eam summam, quam valebat navis, priusquam sumptum aliquem fecissem. Qui & hanc unam mihi gratiam debēt, quod nisi supeditassem illos sumtus, tota fortè navis periisset. Atq; hinc ad eum saltem casū istud restringit, quando quis credit ad reficiendam rem, quæ prius alteri fuit obligata. Non enim, inquit, eadem ratio dici potest in iis, quæ sunt impensæ, priusquam res est obligata creditoribus. Ideo Ulpianus in utroq; suo responso loquitur cum sumtus facti sunt in navem obligatam aut merces obligatas, quoniam si non essent obligatæ, non esset potior sumtuū, quàm pignorum causa. Nam istud, quod pignori præferuntur hi sumptus, ab eo ducitur, quod qui sua pecunia facit, ut rei obligatæ pignus salvum integrumq; sit creditori, non tàm domino rei, quàm ipsi creditori sumptus illos videtur dedisse, ideoq; ipsum anteit: quæ ratio non est vera in eo, cujus ære reperata res est, priusquam teneretur ipsa ullis creditoribus Nam quod fecit, Domini gratia tantum, non etiam creditorum, qui nondum erant, fecisse dicitur. Adversus dominum igitur actionē habebit, non adversus creditores, atq; ipsis, cum pignoris jure non valeat, postponeretur. *Hæc Connan. quem sequitur Bald.* In varietate igitur ista nō solum nullū ex textu isto validum desumi poterit argumentum. *ut not Bart. in l. in ambiguo de reb. dub.* Sed & difficile etiam erit de intellectu illius L. quicquam certi definire Quod si remotis præjudiciis Interpretum, nostro remigio navigandum, ac certi quid statuendum nobis esset, sanè non dubitaremus subscribere opinioni Donelli. In hanc enim me vocat primò, quod in jure nostro nusquam cautum reperitur, illi, qui ad reficiendam rem pecuniam credidit, eam propterea oppignoratam esse. Non igitur satis tutum videtur hoc ex textu illo admodum obscuro & intricato istud desumere. Idq; secundo vel eo magis, quoniam ut rectè censiderat Donell. in tit. illo non de eo principaliter agitur, quando res tacitè pignori obligata esse censeatur, sed de eo potissimum quæritur, quis alteri potior in pignore esse debeat. Nam hinc sanè præsupponendum, potius pignus ab utroq; legitimè contractum esse, quàm ut inde de modo constituendi quicquam rectè colligi queat, quippe cum regulariter, quoties † de re aliqua dubitatur sive disponitur, habilitas omni alio respectu præsupponenda sit, *l. qui testamento. de testam.* usq; eo, ut omnes illæ qualitates, quæ in lege aliqua ad actum requiruntur, in aliis legibus de actu isto simpliciter disponentibus repetitæ censeatur, *ut docet Bart. in l. prætor. la. 2. §. critq; hæc. col. fin vi bon. rapt. Alberic. in l. si quis in principio testamenti de leg. 3. quem refert Marian. Socin. in l. cum filiofamiliàs. num. 57. de leg. 1.* Idem suadet tertiò ipse titulus, qui de iis, qui potiores in pignor. habeantur, inscribitur, quod cum eo, utrum pignus tacitè contrahatur, nihil habet commune. Accedit quartò, quod textus *in l. Hujus enim,* disertè loquitur de eo, qui ad conservationem mercium sibi obligatarum aliquid credidit.

Nam

Nam ex hoc ipso sanè manifestum est, tàm præcedentia quàm sequentia intelligenda esse ea de re, quæ posteriori creditori fuit obligata, & quidem (cum aliud dispositum non reperiatur) expresso pacto. Deniq; hanc sententiam confirmat textus *in d. l. quod quis navis.* ubi luculenter probatur, eum, qui ad reficiendam navem credidit, nullum inde jus tacitæ hypothecæ cōsequi, ut supr. visum fuit. Non igitur text. *in d. l. interdum.* de tacita hypotheca, sed potiùs de expresso pignore intelligendus erit, ut jura juribus concordentur. Atq; ex his etiam simul destruitur communis illa interpretatio, quæ tacitum pignus hoc loco præsupponit. Quod verò Connanus putat, sine aliquo pignoris jure eum, qui pecuniam ad rei conservationem credidit, cæteris, quibus res ea obligata fuit, præferri, nullam certam habet rationē.

Primò enim quod ipse fingit, propter pecuniam creditoris rem fuisse factam preciosiorem, atq; adeò primi creditoris etiam summam integram esse, id non semper vel rarò verum est. Sæpiùs enim, ut experientia docet, etiamsi res reficiatur, non tamen propterea preciosior redditur, quàm fuit tùm, cùm de novo fuit comparata vel priusquam ad eum statum deveniret, ut refectione indigeret.

Deinde hæc interpretatio pugnat cum generali illa regula, quæ docet, semper hypothecam potiorem esse privilegio personali, *l. eos qui C. qui potior. in pign. hab.* Hæc enim regula longè est certior, quàm ut contra eam ex verbis *d. l. interdum*, satis obscuris quicquam solidi inferri possit.

Præterea huic interpretationi adversatur etiam, quod *in d. l. quod quis navis*, dicitur; eum, qui ad conservationem rei credidit, post fiscum reliquis præferri. Nam cùm fiscus illi præferatur, verisimile sanè non est, eum potiorem esse illis, qui pignus habent, quippe cum hi regulariter etiam fisco præferri soleant. Si enim vinco vincentem te, multò magis vinco te. Quinimò hunc intellectum minimè admittunt verba *d. l. hujus.* Nam dum ibi disertè dicitur, merces fuisse obligatas illi, qui pecuniam crediderat, manifestum est, non ex solo privilegio personali, ut existimavit ille, sed propter expressum jus pignoris cum jure prælationis conjunctum priori creditori præferri posteriores creditores.

Non itaq; adstipulandum Connano. Sed cum melior interpretandi ratio jam non succurrat, tenendus erit intellectus Donelli, secundum quem tantùm abest, ut ex illo textu colligi possit, rem in cujus conservationem pecunia credita est, propterea tacitè obligatam esse, ut potiùs contrarium ejus inde verisimiliter appareat: Sed etsi communem interpretationem tenere quis velit, tamen illius autores eam expressè restringunt ad casum, quoad conservationem rei pecunia mutuò data est, interim generaliter concludentes, rem aliter sese habere, quando ad emendam rem aliquam pecunia credita est, ut quemcunq; intellectum quis sequatur, ex textu tamen illo minimè probari possit, illum, qui ob rem emendam crediderit, eam propterea pignoris jure obligatam habere.

12 Quod verò † *in l. idemq. eod. tit.* de re ex nummis pupilli comparata traditur, id omnes uno ore ita interpretantur, quasi in pupillo hoc peculiariter receptum sit, ut apparet ex locis paulò antè citatis. Ejusq; rationem hanc esse, ait Connanus, quoniam pupillus, cujus pecunia res est emta, non tàm ratione pignoris, quàm ratione dominii tacitè à lege inducti potior est.

Hoc enim Privilegii lex dedit pupillis, ut rem ipsorum pecunia emtam jure dominii vendicare queant ut suam, *l. 2. quando ex facto tutor. l. 3. de reb. eor. qui sub tutel* prout etiam de milite constitutum est *in l. si ut proponis. de rei vendicat.* idemque ante ipsum sensit

Bartolus in d.l.quamvis, C.de pignor. & sequitur *Balduinus in dicto loco.* Denique circa textum *in authent. de aequalitat. dot.* advertendum, quod Justinianus eo loci de iis tantùm agit, qui etsi posteriores hypothecas habeant, tamen propter privilegia legibus indulta anterioribus praeferantur, utrum verò tacitam, an verò expressam hypothecam habeant, non satis explicat. Potiùs igitur hoc ex aliis legibus eam interpretationem recipiet, ut in casibus, in quibus jure cautum non reperitur, tacitam hypothecam competere, intelligatur de hypotheca expressè conventum fuisse, quàm ut inde contra juris communis regulas colligere velimus, tacitamq; hypothecam sine pacto Justinianum introducere voluisse. Ea enim semper est capienda interpretatio, per quam jurium correctio evitetur. Et ita textum illum intellexit *gl. ibi in verbo Agrum*, quam sequuntur communiter Dd. & etiam *Connanus & Donell. in d. locis.* (*f*) Quae quidem interpretatio vel ideò magis locum habet, quoniam manifestum est, Imperatorem ibi hoc principaliter constituere velle Privilegia praelationis certis casibus concessa contra dotem locum non habere. Hinc enim tantò minùs verisimile fit, eum hypothecam contra jus antiquum de novo introducere voluisse. Cum inducta ad unum finem contrarium effectum sortiri non debeant. Ex quibus tandem omnibus efficitur, nullo jure probari posse, quod is, qui ad rem emendam credidit, eam propterea obligatam habeat. Non itaq; hoc sine lege temerè asseverandum, sed juxta generalem regulam, *l.quamvis. C. de pignor.* sine haesitatione contra concludendum potius est, jus tacitae hypothecae huic creditori minimè competere.

13 Restat † ut videamus, an saltem Privilegium aliquod personale habeat; Et communiter existimatum est, hoc generaliter illi, qui ad rem emendam pecuniam credidit, concessum esse, modò expressè eam ob causam mutuò data sit, ut sensit *gl. in d.l. quod quis. Bart. in d.l interdum. & ibi Salicet. & Fulgosius, Jas. in d.l. creditor. si cert. petatur. Ripa in d. §. si quis cum tutor. Negusant Connanus & Vanderanus in d. locis.* (*g*)

Moventur autem primò per textum *in l. si ventri. §. Divus. de privileg. creditor. & in l. 1. de cess. bon.* ubi probatur, illis, qui ad refectionem domus crediderunt, hoc privilegium concessum esse. Deinde per text. *in d. l. quod quis.* ubi idem privilegium competit illi, qui ad emendam navem mutuò dedit pecuniam. Tertiò pro se advocant textum *in l. licet C. qui potior. in pign.* ubi ex hoc privilegio is, qui secundo loco hypothecam accepit, praefertur priori creditori. Quartò idem disertè probare videtur *in d. §. his consequens. auth. de aequalit. dot.* Nam ibi illi, qui ad rem aliquam emendam crediderunt, referuntur inter illos, qui ex privilegio praeferuntur antiquioribus creditoribus. Facit etiam textus *in d. l. interdum. qui potior. in pign. hab.* Quia verò huic sententiae obstat text. *in d. l. Procuratoris. §. planè de Tributor. action.* ideò ad illam respondent, propterea ibi privilegium non competere, quia pecunia non erat expressè credita causa venditionis, id quod ad hoc, ut alicui privilegium inde competat, necessariò requirunt.

Hic si † quis remotis authoritatibus contra niti vellet, illi sanè difficilè non esset contrarium defendere. Nam cum nullibi jure nostro hoc cautum reperiatur, contra verò text. *in d. §. planè.* generaliter probet, eum qui ad rem emendam credidit, nullo gaudere privilegio, ac propterea in tributum vocari, tutius sanè videtur inhaerere verbis illius textus & generali regulae inde desumtae, quam distinctioni illi ab Interpretibus sine legum auctoritate adinventae. Nec obstat id, quod de eo, qui ad domum reficiendam vel ad navim emendam credidit, habetur *in d. §. Divus. & in d. l. quod quis.* Hoc enim in hisce facti speciebus ob publicam utilitatem 14

tem

tem speciali quadam ratione introductum est, quam in proposito locum non habere, satis à nobis jam est ostensum, quod verò *in d. l. licet. & in d. §. his consequens & in d.l. interdum.* is, qui secundo loco credidit ad rem emendā, præfertur priori, hoc tum demum locum habet, quando quis simul sibi de pignore cavit, neq; tàm ex Privilegio aliquo personali, quàm ex eo descendit, quod pignoris constitutio facit, ut res nummis illis postea quęsita sua causâ, id est, cum pignore constituto transeat ad emptorem eundem & debitorem. Hinc enim fit, ut prævertat causas omnium aliorum, etiam antecedétium creditorum, quibus res priusquam esset in bonis debitoris, non potuit teneri: cum autem incipit ejus esse, tum suam conditionem retinet: quæ est, ut ei oppignorata sit, qui in eam comparandam mutuavit. Ideoq; textus *in d. l. licet,* requirit, statim de pignore conventum esse, satis hoc ipso denotans, nisi statim de eo conventum esset, quod tùm non præferretur, & quod adeò jus istud prælationis potiùs ex jam dicta ratione, quàm ex peculiari quodam Privilegio descendat. Si enim is, qui ad rem emendam credidit, Privilegium quoddam prælationis haberet, nihil sanè referret, utrum statim, an verò ex intervallo de pignore conventum esset. Ut proinde ex hoc ipso textu manifestum fiat, hoc casu Privilegium non competere. Id quod
(h) sensit *Zas. in d. l. quod quis in fin.* (h)

15 Quia tamen† prior opinio communibus Interpp. suffragiis est comprobata, & æquitate non caret, ideò ab ea in judicando recedendum non erit. Modò hoc teneamus, quod etsi secundum eam demus privilegium hoc casu competere, id tamen contra eum, qui domum istam postea emit, aut alia ratione acquisivit, locum non habeat, ut is propterea debitum istud solvere teneatur, & causa credentis potior sit,
(i) quàm ementis. (i)

Privilegia† enim ista, nisi hypotheca 16
accesserit, tantùm inhærent actioni personali, *l. eos. C. qui potior. in pign. not. Angel. & Dd. in l. Privilegia. & ibi etiam Zas. de privileg. creditor.* Ex quo etiam Privilegia ista personalia vulgò appellantur. Est autem juris plusquam manifesti, obligationes personales & inde descendentes actiones personam tantùm debitoris, ejusdemq; hæredes hæreditario jure succedentes sequi solere, *l. ex facto. 2. vers. unde scio. de hered. instit. l. 2. C. si cert. pet. l. 1. & 2. C. de hæred. act. l. quoties. de hæred. instit.*

Tertium verò possessorem rei minimè comitari, *l. fin. §. fin. de contrah. empt. l. non adversus. C. si cert. petat. l. 1. §. si hæres præcepto. ad SCtum Trebelli. l. actionum genera. vers. in personam. juncta gl. in verb. eundem de action. & obligat. §. in personam. Instit. de action.* Consentaneum igitur omninò est, Privilegia ista contra tertium possessorem non competere. Qua enim quæso ratione hunc eo nomine compellare poterit creditor; cum nullam adversus eum habeat actionem, sine actione verò nemo experiri possit, *l. si quid possess. §. sicut. de petit. hered.* Atq; hinc generaliter tradidit *Bart. in d. l. si cum dotem. §. fin. solut. matr.* quod dominus rei semper præferatur Privilegio personali, *arg. l. ex facto. in princip. de peculio.*

Ex hoc† etiam scriptum reliquit *Ri-* 17
pa in l. dabimus. §. si quis cum tutor. de Privileg. creditor. quod actio tutelæ personalis privilegiata non detur in successorem singularem. Cur verò res aliter sese habeat in hypotheca, diversitatis ratio in promptu est. Hæc enim rem ipsam afficit, & jus reale tribuit, *§. item Serviana. Instit. de action.* Non mirum igitur, cur cum re ipsa transeat, *l. alienatio. de contrah. empt. l. si debitor. C. de distract. pign. c. ex literis. de pign.* & quod consequens est, contra quemcunque possessorem competat, *l. actionum genera. de action. & obligat.*

ADDI-



ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(a) PRo eadem sententia militare videtur text. *in* §. *optimum auth. de exhibend. reis & l. final. cum auth. seq. C. de pign.* ubi dicitur, cum ad hoc ipsum mutuavit, ut militia emeretur, eandem pignoris jure persequi posse: si verò nullus sit creditor, qui ad ipsam militiam mutuavit, tunc etiam alios creditores admitti. Ex quo colligitur, cum is qui ad emendam militiam credidit, non tantùm cæteris creditoribus, sed etiam uxori & liberis (*ut ibi dicitur*) præferatur, id ex jure tacitæ hypothecæ, quàm in re habet fieri. Quemadmodum hoc expressè concedit *Negusant. de pignor. secundo membr. 5. part. n. 21.* sed responderi potest *ex* §. *quia verò & hujusmodi auth. de aequal. dot.* in quo expressè requirit Imp. ut in hoc pactum fiat, quod nimirum militia, quæ pecunia ista emitur, sit obligata.

(b) Sequitur novissimè *Gail. lib. 2. obs. cap. 12. n. 3.* communem dicens, & *Ludov. Vital. lib. 2. variar. lect. c. 10. Caval. commun. opin q. 744.* plures citans.

(c) *Hartm. Hartm. pract. observ. tit. 27. obs. 8. col. pen. & fin. Joseph. Ludovic. decis. Perus. 45. n. 17. Asin. de execut.* §. *7. c. 14. Eman Suarez. com. opin. lit. M. n. 273. Covarr. lib. 1. var. resol. cap. 7. n. 3.* ubi receptiorem hanc profitetur, & noviss. firmant *Anton. Fab. lib. 8. conject. c. 11. & Andr. Rauchb. quæst. 5. per tot. Morl. in Empor. jur. tit. 9. n. 101.* plurimos allegat *Cevallos commun. opin. quæst. 744.* licet ipse alteram opinionem sequatur *Ludovic. Morot. cons. 54. n. 2.*

(d) Et *Cujac. lib. 19. obs. c. 20.*

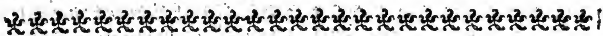
(e) Et *Anton. Fabr. d. c. 11.*

(f) Vide *Fabr. d. c. 11.*

(g) *Jacob. Butring. in d. l. licet & in d. l. quod quis Hartm. Hartm. d. obs. 8. col. fin.* noviss. *Mynf. cons. 9. n. 23. decad. 1.* idemq; privilegium personale creditori nostro, cui antea tacitam hypothecam dederat, concedit *Gail. sibi contrarius lib. 2. obs. c. 25. n. 15. Joan. Petr. Surd. de aliment. tit. 8. privil. 48. n 3. & 4.* ubi communem pronunciat, *Ludov. Morot. cons. 54. n. 1.*

(h) Et attingit *Ant. Fab. d. c. 11.*

(i) Id rectissimè quoq; docet *Baldui. d. c. 7.*



QUÆSTIO XVI.

CREDITOR CONSENTIENS, UT PIGNUS SUUM ALTERI OBLIGETUR,

an hoc ipso jus suum pignoris in totum remisisse censeatur, an verò eatenus tantùm, ut alter ipsi in pignore præferatur eoq; dimisso jus alterius salvum sit.

SUMMARIA.

1. *Pignus alteri consentiente creditore obligatum in totum à primo remissum censetur. Secundum quosdam. Aliis contra sentientibus n. 2. quod latissimè firmatur, sed prior defenditur n. 6. cum seqq. & n. 12.*

3. Aliu

3. *Actus voluntarii ulterius trahendi non sunt, quàm necessario inferunt.*
4. *Effectus voluntatem causantis demonstrat.*
5. *Causam duplicem esse, necessariam & sufficientem.*
7. *Regula: Si vinco vincentem te, declaratur.*
8. *Decisio l. generalis ex aliqua qualitate facti recitati, quam JCti non considerarunt, non mutatur.*
9. *Creditor consentiens pignus suum venditione vel quocunq; modo alienari jus pignoris amittit, etiamsi res postea in dominium debitoris redeat. numer. 11.*
10. *L. jubemus C. ad Vellejan. declaratur.*
13. *Antonii Fabri judicium de Molinæo. Æquitas cerebrina improbatur.*

Pignoris obligatio consensu distrahitur & dissolvitur, *l. 2. C. de remiss. pignor.* Ideò si creditor, ut pignus vendatur, consenserit, hoc ipso pignus secuta tamen venditione, liberatur, *l. 4. §. si vendit. quib. mod. pign. vel hypoth. sol.* Sic quoties creditor, ut res sibi obligata alteri etiam pignori detur, consenserit, pignus suum remisisse intelligitur, *l. Titius in pr. & §. fin. & l. Paulus eod. tit.* Inde quæritur, an hoc casu, ubi voluntate prioris creditoris pignus alteri obligatum est, jus pignoris in totum remissum censeatur, an verò jus prælationis tantùm & propterea creditor consentiens post illum, cui consensit, jure sui pignoris uti adhuc possit: quippe cum, ut Mudæus ait, id nulla lege satis manifestè decisum neque de hoc inter ipsos JCtos convenisse videatur. Nam etsi Paulus *in d. l. Paulus.* & Modestinus *in d. l. Titius,* eò inclinare videantur, ac si penitùs remissum esset pignus, contrà tamen Martianus *in l. creditor. §. si tecum. qui potior. in pignore.* facti quæstionem esse, & quid inter eos actum sit, considerandum respondet, hoc ipso præsupponens, ex solo consensu de remissione non statuendum, sed id aliunde petendum esse. Ex quo factum est etjam, ut Interpretes in diversas distracti fuerint sententias.

1 Accurs. † enim *in d. §. si tecum,* existimavit, in dubio pignus hoc ipso, quod quis, ut alteri obligetur, consentit, penitùs remissum censeri, quem sequitur *Bart. ibi. & in l. final. C. de remiss. pignor. Joan. Andr. in addit. ad Speculat. in rubr. de action. & obligat. Alber. in l. Julianus. C. ad Vellejan. Paul. de Castr. in l. vir uxori. §. 1. in d. tit.* & hanc opinionem communiter approbatam esse, ait *Fulgos. in d. §. si tecum.* Ideoq; ab ea, quantumvis contrarium defenderit, recedendum non esse, monet idem *in d. l. 3. C. de remiss. pignor.* quam etiam tenuit *Negusant. de pignor. 3. membr. 6. part. princip. n. 23. & 24. & Donell. de pignor. cap. 14. VVesenbec. in parat. quibus mod. pign. vel hypothec. solv. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 119.* Moventur autem hi *per d. l. Paulus,* dum ibi JCtus disertis verbis respondet, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, ut debitor eandem rem Titio creditori obligaret, jus sui pignoris remisisse videri, non enim tertium in locum ejus successisse, & ideò medii creditoris meliorem causam effectam.

Deinde nituntur verbis *d. §. fin. l. Titius.* Nam & ibi JCtus de creditore, qui subscripserat sub instrumento, in quo res alteri obligata fuerat, respondet pignus, cui is, de quo quæritur, consensit, minimè eum retinere posse. Quia verò huic sententiæ obstat text. *in l. Julianus. C. ad Vellejan.* ubi pignoris renunciatio facta à muliere restringitur tantùm ad eum, cujus respectu consensit, salvo interim, quoad alios, manente pignoris jure, ideò respondent, istud ex peculiari quodam mulierum favore ita sancitum esse, ex hac ipsa specialitatis ratione colligentes, in masculis rem aliter se habere.

Idem † tamen Accurs. *in d. l. Paul. & in l. 3. C. de remiss. pign.* contrà putavit, 2
per ejusmodi consensum, pignus tantùm respectu ejus, cui quis consensit, remissum videri, aliorum verò respectu

ſpectu ſalvum atq; integrum adhuc manere. Idq; ſecutus eſt Jacob Butrig. *in d.l.3.& ibidem multis defendit Salic.atq; etiam Fulgoſ.ibi & in d. §.ſi tecum in d. l. Paulus.* hanc opinionem veriorem eſſe aſſerens, & eandem ſenſum communem & rationem naturalem dictare, profitetur Molinæus *in tract. de uſur. n. 685.* cujus verba mentione nulla de eo facta, neq; etiam quicquam addens ſuo more tranſcripſit Caball. Milleloq. 447. Adſtipulatur hiſce Connanus *in Comment.jur.civil.lib.4.c.19.n.5.* idque pluribus tuetur Mudæus *de pignorib. tit.quib.mod.pign. & hypothec.ſolvat. nu. 14. & ſeq.* (a) Advocant hi pro ſe reſponſum JCti *in d.§.ſi tecum.* & ponderat Salicet. quod ibi in caſu, quo voluntate prioris creditoris res alteri oppignorata fuit, dicitur, ſecundum potiorem eſſe: Ipſa enim comparationis natura denotare videtur, conſentientem, etſi non ſit potior, nihilominùs tamen veluti pignoratitium admittendum, atq; eatenus pignus retinere. Tum quia comparativus poſitivum præſupponere ſolet. Tum etiam quia alioqui ſi penitùs extinctum eſſet jus prioris, ſecundus non tàm potior, quàm ſolus inveniretur, ut ait JCtus *in l. 2. qui potior. in pignor.* Magis urget, quod in verbis ſequentibus, ubi ex profeſſo de hoc agitur, ait JCtus, facti eſſe quæſtionem, & propterea, quid inter eos actum ſit, conſiderandum. Hoc enim ipſo ſatis innuit, ex ſolo conſenſu de totius pignoris remiſſione non ſatis conſtare, ſed ex aliis negocii geſti qualitatibus id petendum eſſe. Unde porrò ſequitur, niſi res geſta aliud præ ſe ferat, in dubio ex aliis juris regulis paulò pòſt adducendis hoc dijudicandum, & cum hæ renunciationem minimè præſumendam ſuadeant, neque hoc caſu exiſtimandum, quod creditor conſentiens jus ſuum, penitùs remittere voluerit, ſicuti conſiderat Mudæus.

(a)

Deinde adducunt *l. jubemus. C. ad Vellejan.* Nam quod ibi de mulierum renunciatione legitur, non ex ſpeciali quodam mulierum favore conſtitutum eſſe volunt, ſed potiùs ex generalibus juris regulis de interpretanda generali renunciatione, ut reſtringatur & coarctetur ad caſum ſubjectum, ut ſenſit etiam *gl. verb. coarctetur. in d. l. jubemus. dum hanc generalem inde regulam colligens alias LL. concordantes adducit, & inter has etiam d. l. Paulus.* Ex qua communem illam diſtinctionem inter maſculum & fœminam tanquam ineptam ridet Molinæus. Tertiò movetur Salic. eo, quoniam ſecundus creditor conſenſum prioris ea tantùm de cauſa requirit, ut illi præferatur, non autem ut jus illud penitùs tollatur. Id quod ex eo manifeſtum eſt, cum ſibi tantùm conſulere velit, non autem aliis prodeſſe, ut contingeret ſiquidem aliorum etiam reſpectu pignus liberaretur. Minimè igitur actus iſte contra intentionem gerentium ad alios etiam porrigi, neq; adeò inde inferri poterit, quaſi jus pignoris penitus ſublatum ſit. Cum actus agentium contra intentionem eorum extendi non debeant, *l. non omnis. ſi cert.pet.*

Quartò tàm Salicet. quàm Fulgoſ. accommodant huc tritam illam juris regulam, quæ docet, Actus † noſtros voluntarios non eſſe trahendos niſi ad id, quod neceſſariò inde ſequitur, *l. Julianus. ubi not. Dd. de condict. indeb. l. ad probationem C. de probat. l. non ideo de liberal.cauſ.* Nam ex eo, quod ſecundus conſenſum prioris requirit & hic conſentit, hoc tantùm neceſſariò ſequitur, ut ſecundus illi præferatur, non autem ut jus pignoris penitus remittatur, minimè itaq; hoc inde deſumi poterit, maximè verò (ut quintò arguit Mudæus) cum hic de juris renunciatione agatur, quæ per ſe ſtricti juris eſt, neque præter ea, quæ expreſſa ſunt, quicquam aliud comprehendere ſoleat, *l. emptor. §. Lucius. de pact. l. ſi ex pluribus. de ſolut.* Et habet omnis renunciatio in ſe vim

vim quandam donationis, quæ nunquam præsumitur, ubi alia conjectura capi potest, *l. cum de indebito. de probat.*

Sextò à consensu venditione pignoris adhibito sic infert Connanus. Certum est, si creditor consenserit, ut dimidia pars pignoris vendatur, nihilominus in altera parte jus pignoris salvum & integrum manere. Idem ergò statuendum in pignore, quod pluribus creditoribus potest sufficere, ut licet voluntate prioris creditoris istud oppignoretur secundo, ille tamen nihilominus in residuo jus suum retineat, neq; adeo pignus remisisse penitus intelligatur. Confirmantur hæc septimo argumento à fine desumpto. Finis enim propter quem debitor vel creditor secundus est solicitus de consensu prioris creditoris, est, non ut illi res oppignoretur, atq; jus reale consequatur secundus. Hoc enim sine consensu prioris creditoris consequi potest, ut patet *ex tot. tit. qui potior. in pignor.* Sed ut non obstante prioritate ex prima obligatione quæsita priori, melius caveatur secundo. At hic finis non ipsum jus pignoris concernit, sed potius jus prioritatis, quod etiam absq; pignoris remissione ex consensu prioris consequi potest secundus. Non ergò est verisimile, vel debitorem vel creditorem consensum priores ideò impetrasse, vel hunc propterea consensisse, ut ipsum jus pignoris prorsus remittat. Cum principale propositum agentium semper considerandum sit, *l. si quis nec causam. si cert. pet.* Hoc verò vix ulla re magis, quàm ex finis consideratione deprehendatur; *l. rem non novam. C. de judic. Bart. in l. 5. §. fin. de donat.* Unde etiam hic locum invenit vulgata regula, qua traditur, Inducta ad unum finem alium operari non debere; *l. legata inutiliter. de adim. legat.* & consensum ad unum finem præstitum, ad alium extendendum non esse, *l. 1. de reb. cor. qui sub tutel.* Idem fundatur octavo argumento ab effectu ad causam, quod jure nostro licitum est, *& arg. l. non Codicillum. C. de test.* quippe † cum ex effectu animus & voluntas gerentis sive (ut ita dicam) causantis præsumi soleat ut docet *Bald. & Dd. in 1. Constit. C. in fin.* 4

Consensus autem à priore creditore adhibiti effectus non est ipsum pignus sive jus reale pignoris, siquidem hoc absq; illius consensu potuit consequi secundus creditor, ut clarum est, sed potius jus prioritatis vel prælationis. Modò si quis ab hoc effectu ad causam, id est, consensum prioris creditoris arguerit, facilè deprehendet, nullam inde pignoris remissionem colligendam.

Quod † ut commodè fiat, secundum regulas Dialecticorum advertendum, duplicem esse causam, aliam necessariam, aliam sufficientem. Et quamvis ad causam necessariam ab effectu rectè inferatur, utpote, cumbustus est, ergò in igne fuit. 5

Ad alteram tamen ab effectu non rectè sumitur argumentum affirmativum, utpote si dixero, Hic mortuus est, ergò fuit occisus: quamvis enim hæc causa sit sufficiens, tamen non est necessaria; ideò non valet illatio. Sic si ipsum pignus consensu penitus remitteretur, esset quidem hæc sufficiens causa ad hoc ut creditor jus prioritatis consequatur, non tamen necessaria, quippe cum etiam sine ea prioritatem consequi possit secundus creditor. Non igitur ex hoc effectu pignoris remissio inferri poterit magis, quam in exemplo jam dicto: sed considerandа est potius causa necessaria, quæ est renunciatio prioritatis per consensum. Ut enim secundus creditor præferatur priori, necesse est, ut hic renunciet juri prælationis; secundum hanc igitur causam necessariam consensus à priore creditore adhibitus intelligendus erit, & cum ea separata planè sit ab ipsius pignoris totali remissione, & sine hac effectum eum,

quem desiderat creditor secundus habeat, sequitur inde etiam consensum prioris creditoris tanquam causam ita interpretandum esse, ut jus tantùm prælationis, non autem ipsum pignus remissum esse, intelligatur. Pro majore hujus argumenti confirmatione induci etiam nonò potest text. *in l. voluntate. quibus mod. pign. vel hypothec. solvat.* ubi Jurisconsultus eodem argumentandi modo utitur. Quidam enim vendiderat voluntate creditoris pignus, neque tamen emtori tradiderat, sed cum conveniretur, fuit condemnatus in id, quod interest, dubitabatur, an salvum sit pignus creditori, & salvum esse respondit JCtus, addens rationem. Hæc enim accidere potuissent: etiamsi non voluntate creditoris vendidisset. Ecce hîc etiam ab effectu ad causam arguit JCtus, perinde ac si diceret, Voluntas illa creditoris venditioni accedens non est causa efficiens, neq; operatur hoc, ut solvere possit interesse, cum sine ea potuisset hoc facere debitor. Ergò non ad hoc censetur præstitisse voluntatem, ita ut sibi in eo præjudicare voluisse, dicendum sit. Ad exemplum itaque hujus etiam in proposito licebit arguere, consensus primi creditoris non efficit, neq; operatur hoc, quod debitor possit constituere jus reale secundo creditori, cum sine eo hoc possit facit: Ergo non censetur per consensum sibi præjudicare in ipso pignore, sed tantùm in jure prioritatis. Hinc etiam ex eadem L. tali medio probari potest opinio ista: Quæcunque debitor sine voluntate & consensu creditoris licitè gerere potest, in iis creditor prior per voluntatem suam adhibitam non censetur sibi voluisse præjudicare. At debitor jus pignoris sine consensu creditoris alii constituere potest. Ergo respectu ipsius pignoris non censetur creditor consentiens sibi præjudicare voluisse.

Accedit deniq; hisce, quod de creditore consentiente venditioni receptum est, licet suscepta fuerit venditio si tamen mutuo consensu illa dissoluta fuerit, salvum adhuc manere jus pignoris, ut probatur *in d. l. voluntate.* ubi JCtus ejus hanc affert rationem: Neq; n. omnimodo creditor remisit pignus, sed ita demum, si emptor rem retineat. Nam vel hinc idem statuendum videtur in consentiente oppignorationi, ut is pignus non omnimodo, sed eatenus tantùm remisisse intelligatur quamdiu secundo creditori res oppignorata maneat, debito verò ei soluto jus suum pignoris nihilominus salvum manere, cum præsertim in aperto sit, venditionem jus pignoris fortius abolere, quàm oppignorationem, atq; adeò ex consensu venditioni adhibito remittendi animum evidentius apparere quàm ex consensu creditoris accedente obligationi pignoris.

Cum autem huic opinioni plurimum refragentur jura supra adducta, ideò qui hanc tuentur, ad illa etiā conantur respondere. Nam quod attinet *ad d. l. Paulus.* Salic. considerat, quod JCtus ibi non dicit, Creditorem pignus suum vel hypothecam remisisse, sed jus pignoris sui, atque inde verba hæc de jure prælationis interpretatur. Existimans hoc propriè esse jus pignoris, & hoc per consensum esse remissum, salvo manente ipso pignore. Idq; colligit etiam ex eo, quod JCtus utitur verbis præsentis temporis, pignoris sui. Hoc enim ipso, pignus adhuc durare, videtur innuere. Sic quod ibi subjicitur, meliorem factam esse causam medii creditoris, id indè provenire putat, quia primus propter consensum suum factus sit posterior omnium, & ex hoc quoq; infert, jus prælationis tantùm remissū esse. Atq; huic interpretationi tantùm tribuit, ut text. illum pro se adducere ausus fuerit Sed animadvertit Mudæus, illam tolerabiliorem esse, si hoc Pauli responsū in eo esset tit. quo de ordine creditorū agitur, & qui potiores in pign. hab.

At cum

At cum habeatur *sub tit. quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* ipse titulus, cui debet congruere interpretatio, suadet omninò solvi & remitti pignus: eoque tendit argumentatio Pauli, Qui, si primus creditor consenserit rem obligari tertio, tradit, medii creditoris meliorem causam effectam, ex eo, quod primus jus sui pignoris remisisse videatur.

Nihil autem expresse cum medio creditore agit primus. Igitur ille consensus primo præjudicat non solum respectu tertii, cui consenserat eandem rem obligari, sed generaliter respectu omnium etiam eorum, quibus cum nihil est pactus, & in quorum favorem nihil consenserat: & quod consequens est, ipsum pignus remissum penitùs censetur. Idem tamen Mudæus huic objectioni deinde respondens subjicit: Mirum videri non debere, cum primus creditor consensit tertio rem obligari, meliorem esse medii conditionem, licet cum eo nihil expresse sit actum, quia cum primus consenserit, posthaberi tertio, non mirum, si & medio creditori, qui tertio antefertur, posthabendus sit. Nam medius vincit tertium, à quo vincitur primus.

Quibus pro solutione addi potest, quod JCtus ibi de eo potissimùm agit, an tertius creditor, cui consenserat primus, succedat in locum primi, & hoc tantùm respectu dicit, consentientem potiùs remisisse jus suum, quàm ut alter in locum ejus successerit. Inde ergò inferre non licet, quasi penitùs remissum sit pignus, cum à dicto secundum quid ad dictum simpliciter, non valeat argumentum, sed cum de eo nihil ibi, definiatur, idq; juxta *d. §. tecum.* facti sit quæstio, aliunde sumendum est.

Ad *§. fin. l. Titius.* respondet Salic. illum secundum ea, quæ de interpretatione *d l. Paulus*, dixit, intelligendum esse, ut videlicet ideò pignus retinere non possit, quia per consensum omnium posteriorem se fecit. Deinde considerat, quod JCtus talem facti speciē proponit, in qua creditor primus subscripserat instrumento, quo cautum erat, rem nulli alii fuisse obligatam. Nam cum subscriptione sua fateatur, rem sibi obligatam non esse, quid causæ est, cur pignus totum remisisse non intelligatur? quod aliter se haberet, si simpliciter consensisset. Mudæus subtilius perpendit, JCtum ibi non dicere, quod creditor consentiens non possit pignus suum retinere, sed quod non possit retinere pignus; cui consensit, hoc est, alienum pignus alterius creditoris, cui illud constitui consensit, hoc, inquam, pignus non potest retinere, hoc est, non potest sic hypothecaria agere, (de actione ibi quæritur) ut per eam ipse possessionem avocet, & rem obligatam retineat adversus illum, cui consenserat obligari. Addit Mudæus, si per consensum jus pignoris penitùs sublatum esset, tùm frustrà considerasset, Modestinus, secundum creditorem pecuniam Reipublicæ exolvisse, & in locum atq; ordinem ejus successisse, cum etsi non facta esset illa surrogatio, secundus vel tertius, & quivis alius creditor, quantumvis longo ordine posterior esset præferendus primo, si hic omninò à jure pignoris cecidisset, nec amplius sub pignore creditor esset.

Hisce igitur partes suas optimè posse tueri se autumant hujus opinionis asseclæ. Etsi autem plausibilia admodum sint ista, tamen si ad rectam juris rationem exigenda essent, priorem sententiam ut magis receptam, ita longè veriorem esse existimarem: propter jam citata jura *in d. l. Paulus. & d. §. fin. l. Titius.* quorum verba ita plana & manifesta sunt, ut sine cavillatione evitari nullo modo possint. *Nam in d. l. Paulus*, disertis verbis respondet JCtus, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus sui pignoris remisisse, non etiam tertium in locum ejus successisse, & ideò medii cre-

dii creditoris meliorem causam effectam.

Ecce primò de pignoris jure loquitur, quo certè non tantùm jus prælationis ex tempore descendens (ut putavit Salic.) sed potiùs ipsum pignus, & obligationem juris denotare voluit: quippe cum tàm JCtus, quàm Impp. jus pignoris pro ipso pignore passim usurpare soleant, sicuti apparet *ex l. voluntate. l. Titius. & l. fin. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. & in l. insulam. qui potior. in pign. & in l. creditricem. & l. fin. C. de remiss. pign.*

Neque enim jus prioritatis sive prælationis est ipsum jus pignoris sed potius pignoris juri vel pignori constituto ex tempore accedit & propterea temporis Privilegium, vel ordo temporis appellatur potiùs, quàm jus pignoris, *l. 3. l. si & jure. qui potior. in pign.*

Deinde utitur Jurisconsultus *Remittendi* verbo, quo utiq; à pignore in totum discessum esse significatur, ut probatur *in d. l. creditricem. & tot. tit. C. de remiss. pign. l. Lucius. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* Quomodo igitur quæso apertius explicare potuisset JCtus ipsum pignus antiquioris creditoris consensu penitus sublatum, neq; quicquam amplius de jure isto superesse?

Et cum semel remissum sit pignus, quomodo quæso sine novo contractu aliud pignoris jus consequi potuit creditor primus, quo post tertium demum creditorem utatur, cum pignoris vinculo dissoluto sine nova voluntate obligatio semel extincta instaurari non possit? *l. 4. & l. cum ex causa. C. de remiss. pign.*

Addit præterea JCtus: non etiam tertium creditorem in locum ejus successisse, atq; inde infert, meliorem esse factam conditionem medii creditoris, modò si jus prioritatis tantùm antiquior creditor consensu suo remisisset, salvo manente pignore, etsi hoc contra tertium propter consensum suum uti non posset, nihil tamen impediret eum, quò minùs pignoris jure adhuc contra secundum, cum quo nihil actum fuit, utatur, cum res inter alios acta aliis prodesse non soleat, quinimò integrum adhuc ei esset, ut novo inito pacto pignoris jus, quod contra secundum adhuc salvum obtinet, cedat tertio, & hunc in locum suum surrogando anteponat secundo. Quo dato, frustrà certè considerasset Jurisconsultus, tertium non successisse in locum primi, cum secundum ista adhuc succedere posset. Neque etiam verum esset, secundi conditionem meliorem factam, cum non solùm primus adhuc ei præferatur, sed is etiam jus hoc tertio adhuc concedere possit.

Ut igitur verbis JCti sua constet veritas, concedendum omninò est, ipsum jus pignoris remissum esse: tum enim demum rectè in considerationem venit, tertium non successisse, neque etiam amplius succedere posse in locum primi, & verum etiam erit, medii conditionem meliorem esse factam. Dices fortè cum Salic. et aliis, primum creditorem consensu suo posteriorem se fecisse, & propterea jure suo pignoris etiam cōtra secundum uti non posse. Atqui non solùm de eo, quod primus creditor tertio loco constituatur. nihil actum fuit, quod tamen requirit JCtus *in d. §. si tecum*, sed etsi maximè conventum esset, hoc tamen pactum cum tertio de ordine tantùm salvo manente pignore initum *huic* duntaxat prodesset, non autem secundo creditori, nisi ipsum jus pignoris remissum sit: tum enim demum, quia eo amplius uti non potest, melior fit conditio secundi. Aut itaq; concedendum est, ipsum pignus consensu in totum dissolvi: Aut si id salvum manet, secundi conditio non redditur melior. Quia verò ultimum hoc directè adversatur verbis *d. l. Paulus*, nemo non videt, alterum potius statuendum esse.

Quicquid deniq; contra hanc considerationem in medium afferri possit, priora tamen verba *d. l. Paulus*, suprà

ſuprà conſiderata, tàm aperta & clara ſunt, ut in alium ſenſum detorqueri neutiquam poſſint. Ex quibus etiam ſua ſponte corruunt conſiderationes à Saliceto & aſſeclis adductæ. Nam quod *d.l.Paulus*, de jure prælationis tantùm interpretantur, ſatis jam oſtenſum eſt, iſtud alienum prorſus eſſe à verbis. Sic etiam frivolum eſt, quod de præſenti tempore affertur. Nam quod de ſuo pignore dicit JCtus, id ad præteritum tempus, quo adhuc jus pignoris habuit antiquior creditor, referendum, non autem ad præſens, ut dilucidè apparet ex verbo *Remiſiſſe*, quod præteritum tempus denotare nemo negabit. Eſt enim qualitas addita verbo ſecundum tempus verbi intelligenda. Fruſtrà quoq; conſideratur, antiquiorem creditorem conſenſu ſuo poſteriorem tantùm ſe feciſſe ſalvo jure pignoris. Tum quia de eo nihil quicquam inter eos actum fuit: Tum etiam quia JCtus non eum poſteriorem factum, ſed jus ſui pignoris & quidem in totum remiſiſſe, dicit: Tum deniq; quia ſalvo manente pignore medii creditoris conditio melior non eſſet effecta, quod tamen dilucidè aſſerit Paulus. Nec quicquam huc facit, quod Mudæus perpendit, cum tertius vincat primum; hunc etiam medii, qui tertium vincit, meliorem eſſe conditionem. Nam etſi tertius primum vincat, quando inter hoſce de prioritate agitur: inde tamen minimè ſequitur, quando de prælatione inter primum & ſecundum quæſtio eſt, etiam medium vincere primum, cum inter hoſce nullum fuerit geſtum negocium, neq; hujus reſpectu de jure ſuo prioritatis ceſſerit antiquior, neq; etiam jus hoc, quod tertius creditor ex pacto inter ipſum, & primum inito conſecutus eſt, tale ſit, ut medius eo ſe contra primum tueri poſſit.

7 Generaliter enim traditur, regulam illam, *Si vinco vincentem† te, &c.* locum non habere, quando is, qui vicit vincentem, alio jure ſeu alia de cauſa eum vicit, ſeu ut loquitur *Roman. conſ. 436. in præſenti ad fin.* quando virtus, quæ eſt in vincente, non concurrit in vincendo illum, quem tu vincis, quod refert & ſequitur *Cagnol. in l. non debet. nu. 14. de reg. jur.* & disertè probatur *in l. Claudius. qui pot. in pignor.* Etſi igitur hic tertius primum vincat, tamen id ex cauſa pacti & expreſſi conſenſus fit, quæ cauſa inter primum & ſecundum conſiderari non poteſt, cum ut dictum eſt; inter eos negocium nullum geſtum ſit. A verbis igitur claris *d.l. Paulus*, minimè recedendum. Non minùs aperta & manifeſta ſunt verba *d. §. fin.* JCtus enim propoſita facti ſpecie quærit, an Mævio, qui conſenſerat, ut pignus ſuum alteri obligetur, actio aliqua in rem competere poſſit, & reſpondet, Pignus, cui is, de quo quæritur, conſenſit, minimè eum retinere poſſe. Circa quæ verba conſiderandum primò, quod non quærit, uter alteri ſit præferendus, ſicuti procul dubio feciſſet, ſi aliquod adhuc pignoris jus ſupereſſet, ſed generaliter, an aliqua actio in rem competat, quod dum per ſequentem reſponſionem negat; utiq; ſatis teſtatum relinquit; primum creditorem conſentientem non tantùm poſteriorem factum ſalvo manente pignoris jure, ſed iſtud penitùs remiſſum eſſe, cum ſi jus pignoris aliquod ſupereſſet, utiq; adhuc aliqua competeret actio in rem ſaltem poſt eum, cui conſentit; neq; adeò reſponſio quæſtioni congrueret.

Deinde advertendum, quod JCtus reſpondendo ait, eum pignus retinere non poſſe. Hiſce enim verbis disertè docet, eum non tantùm propter conſenſum poſteriorem factum, ſed nullum amplius pignus ſupereſſe; cum ſi aliquod ſupereſſet, utiq; iſtud ſaltem poſt illum, cui conſenſit, retinuiſſet, quod tamen dilucidè negatur. Maximè v. cum JCtus his verbis ad quæſtionem propoſitam reſpondeat, atque adeò idem ſenſerit, ac ſi dixiſſet; nullam

lam propter consensum competere actionem in rem: Nam vel hinc manifestum fit, de pignoris jure nihil amplius superesse, sed istud remissum esse: cum alioqui, ut dictum est, saltem post eum, cui consensit, actio competeret. Unde simul apparet, solutionem Mudæi subtiliorem esse, quàm ut verbis hujus textus convenire possit. Nam quod verba illa, *Pignus non retinere potest*, non de eo quod antea habuit creditor consentiens, sed de eo, quod secundus creditor consensu suo consequitur, intelligit, id refragatur proprietati verbi, *Retinere*, quod utiq; præsupponit, hîc de eo retinendo agi, quod antiquior creditor habuit: cum pignus alterius nunquam habuerit, neq; adeò de eo retinendo quæri potuerit.

Præterea JCtus his verbis definit, nullam amplius actionem in rem competere consentienti. Actionem autem in rem utiq; non ex pignore alterius, sed ex proprio tantùm habere potuit: necesse igitur est, ut de proprio pignore hic agatur. Minùs etiam admittendum est, quasi de eo tantùm quæratur, utrum antiquior creditor rem obligatam secundo creditori agendo repetere possit, cum etsi de actione proponatur quæstio, JCtus tamen in responsione non tàm ad actionem respiciat, quã generaliter respondeat, eum ne pignus quidem retinere posse, atque inferendum relinquat, nullam actionem in rem illi competere non solum contra secundum creditorem, sed penitus nullam: hoc ipso perspicuè docens, ipsum jus pignoris in totum remissum esse. Nec quicquam impedit, quod loquitur de pignore, cui consensit, neq; proprio, sed alterius pignori quis consensisse dicatur: quoniam JCtus his verbis idem voluit, ac si dixisset, pignus cui ut alteri obligetur, consensit: quod utique de proprio pignore necessariò accipiendum esset. Quod verò Salic. considerat, ibi de ejusmodi facti specie agi, in qua creditor subscripserat instrumento, quo cautum erat, rem nulli alii obligatam esse, istud parum urget, cum JCtus in eo nullam vim faciat, sed in consensu tantùm, generaliter inde definiens, eum, pignus, qui ut alteri obligetur, consensit, retinere non posse.

Quamvis enim vel † in responsis JCtor. vel Impp. rescriptis facti species proponatur, quæ peculiarem posset habere rationem, quoties tamen illa ex generali ratione definitur, tum etiam generaliter ad omnes casus eandem rationem habentes pertinet. 8

(b) Præter manifesta illa jura hactenus explicata, confirmatur ista sententia etiam eò, quod de consentiente alienationi pignoris generaliter dispositum est, eum jus suum amittere, *l. 4. in pr. & §.1. & l. si consensit. l. Titius. l. Lucius. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* quæ jura licet de venditione potissimùm loquantur, hoc tamen vocabulo generaliter omnes alienationes comprehenduntur, *l. si & re. §. venditionis. quib. mod. pign. vel hypothec. solv. l. statu liberi à cæteris. §. fin. de statu liber.* Sub alienatione verò etiam pignoris obligatio contineri solet, *l. fin. C. de reb. alien. non alien.* Consequens igitur est, ut sicut is, qui alienationi consentit, ita & qui pignoris obligationi consensit, jus suum amisisse intelligatur, quo argumento utitur *Donell. de pign. c. 14. & VVesenbec. in paratit. quib. mod. pign. vel hypoth. solvat.* Nec quicquam refert, quod in venditione dominium rei ad emptorem transeat, in pignoris verò obligatione non item. Nam etsi hoc quidem respectu aliqua subsit inter casus istos diversitatis ratio, inde tamen effici non potest, ut propterea uno casu consentiens censeatur, minùs remisisse jus suum, quàm altero, modo actus, cui quis consensit, effectum consequatur suum. Quia enim venditionis natura est, ut per illam transferatur dominium in emptorem, fit inde,

ut cre-

ut creditor consentiens venditioni jus suum non aliter amittat, quàm si dominio translato effectum sortiatur venditio, *l. voluntate. quibus mod. pign. vel hypothec. solv.* Atqui in pignoris obligatione etiam dominio rei penes debitorem manente secundus creditor jus reale consequi potest, atque adeò cum primum de pignore conventum est, in effectum deducitur pignoris obligatio, cui consensit creditor antiquior, & quod consequens est, licet considerato effectu inter hos casus aliqua subsit diversitas, tamen quoad hoc, ut consensu pignus remissum esse intelligatur, nulla probabilis dari potest diversitatis ratio, sed quemadmodum consentiens, ut dominium rei sibi oppignoratæ venditione transferatur in alium, jus suum pignoris amittit secuto effectu: ita etiam qui consensit, ut alteri res sibi obligata, alteri oppignoretur, eo in effectum deducto, jus suum remisisse intelligitur. Neutrum enim horum rectè atq; ita, ut voluerunt contrahentes, expediri posset, nisi jus pristinum remissum esset.

Accedit hisce trita juris regula, quà traditur, Eum, qui alii consentit, jura sua perdere, *l. cum quædam. C. de administr. tutor. l. quidam de evict. l. apud Celsum. §. quæsitum. de dol. except. cum simil.* cur enim illa non etiam in consentiente obligationi pignoris locum habere debeat, nulla potest justa esse causa, præsertim cum certum sit, pignoris jus solo consensu remitti, *l. 2. C. de remiss. pign.* Idque evidens fit in eo exemplo, quo pignus non nisi uni potest sufficere. Hic enim quivis recta ratione præditus, facilè concedit, creditorem primum, qui consentit, ut res obligetur alteri, jus suum pignoris in totum remisisse, cum nisi hoc factum esset, alteri cum effectu ne obligari quidem, multò minùs alter debitum suum consequi inde potuisset. Si igitur in isto casu id obtinet, certè ut idem etiam in altero casu, ubi pluribus potest sufficere res oppignorata, admittendum esse, juris ratio persuadet. Nam cum pignoris jus sui natura individuum sit, ita ut quantumvis longè superet debitum, non tamen una pars minùs obligata censeatur, quàm alia: etiam hoc casu is, qui consensit, non minùs in eo, quo pignus debitum excedit, jus suum consensu remisisse censebitur, quàm si nihil in residuo esset: cum alioqui perinde, ut in præcedenti casu ne obligari quidem cum effectu potuisset secundo. Nec quicquam hic faceret, si contra objiceres, saltem secundo debito soluto posse priorem jure suo pignoris uti.

Nam cum hic consensu suo pignus semel remiserit, utiq; sine nova voluntate pignus, quo post secundum creditorem utatur, restaurari non potest, *d. l. 4. & l. cum ex causa. C. de remiss. pign.* & propterea necesse est, ut de eo peculiariter actum fuerit, quod ab eo, qui simpliciter consensit obligationi pignoris, factum esse, nemo facilè dixerit. Deniq; hæc sententia non est etiam aliena à mente atq; intentione contrahentium. Certum est, creditorem secundum, qui, ut voluntate antiquioris sibi pignus constituatur, desiderat, non illius sed suum negocium gerere, & propterea de eo, an prior creditor jus sui pignoris secundo loco retineat, plane non esse solicitum, sed hoc tantùm agere, ut sibi caveatur, non autem ut priori consulatur: Quare ex hac ejus voluntate minimè hoc desumi poterit, quasi de ordine inter ipsos actum & priori creditori jus suum secundo loco reservatum fuerit: cum præsertim hîc de pignore tantùm constituendo agatur, ordinis verò consideratio ex tempore proveniens pignore jam constituto demum locum habeat. Sic etiam ex parte prioris creditoris

expeditum est, eum, qui consensit alteri jus suum remittere: quare vel ex hoc ipso consensu & propria ejus natura etiam de mente ac voluntate ejus judicandum erit, non attento quid præterea senserit: cum si quid præterea voluisset, id debuisset exprimere etsi id prætermisit, imputandum ei sit, cur cum integrum ei fuerit, legem non dixerit apertius, sed simpliciter consenserit. Ut perinde ex hisce manifestum sit, hanc sententiam tàm claris LL. verbis quàm optimis etiam juris rationibus subnixam esse. Non obstat text. *in d.* §. *si tecum.*

Nam de duobus ibi quærit Jurisconsultus, primò, si secundo creditori voluntate antiquioris res sit oppignorata, uter alteri sit potior: & cum hoc casu nihil de pignoris remissione, sed de prælationis jure tantum agat, ideò etiam simpliciter dicit, secundum potiorem esse nulla habita remissionis ratione: cum præsertim, ut ex sequentibus apparet, possit dari casus, in quo pignus etiam consentiente priore remissum non sit. Minimè itaq; inde inferre licet, quasi consensu pignus remissum non esse intelligatur.

Deinde quærit, an pecunia soluta secundo rursus teneatur primo consentienti: & respondet, facti quæstionem agitandam quid inter eos actum sit. Circa quæ verba advertendum, quod non quærit, an consensu remissum intelligatur pignus: nam si ita formasset quæstionem, utiq; sine ulla consideratione, quid actum esset, re- (e) spondisset remissum videri, sed potius quærit, an soluta pecunia rursus teneatur priori, & hoc respectu ait, facti quæstionem agitandam, & quid actum sit, considerandum: quia nisi hoc expresse actum esset, ut prior secundo loco constituatur, per consensum pignus in totum remissum, atque adeò hoc actum intelligeretur, ut in totum discederetur à pignore.

Tantum igitur abest, ut ex textu illo desumi hoc possit, quasi per consensum prioris creditoris ordo tantùm inter ipsos mutatus sit, salvo manente pignore, ut etiam contrarium inde luculentur appareat. Si enim id ex consensu simpliciter colligi posset, frustrà Jurisconsultus ultrà requireret hoc actum esse, ut prior secundo loco constituatur, frustrà etiam distinxisset inter unum atq; alterum casum, sed cum ad hoc ut rursus teneatur, requirat, hoc actum esse, utiq; hoc ipso satis testatum relinquit, nisi actum sit, solo consensu pignus remissum esse: cum præsertim utatur dictione *Rursus*, nam vel hæc innuit pignus consensu remissum, denuò restaurandum esse, quod absq; nova voluntate fieri non posse, sæpius jam dictum est. Ad †. *l.* 10 *jubemus*, quod attinet, tàm ex verbis quàm ipsa etiam dispositione liquidò apparet, jus novum in ea & quidem mulierum favore constitui. Jure enim antiquo mulieres, etsi consentiendo renunciassent juri pignoris, tamen Senatus consulto Vellejano sese tueri poterant, *l. Vir. uxori.* §. *1 ad SC. Vellejan.* Hoc verò jus antiquum Imperator corrigens constituit, si mulier consensu suo hypothecæ renunciaverit, id firmum & illibatum esse debere. Ne tamen propterea jus hypothecæ penitus remissum intelligeretur, atq; adeò mulieres nimium læderentur, hanc suam constitutionem restringit tantùm ad personas & contractus, *quibus* consensit mulier, jus ei salvum atq; integrum conservans quoad alios, & quidem summa addita cautione: *Ita, tamen ut etsi, &c.* Hoc ipso satis innuens, nisi in constitutione illa peculiariter sanciret, pignus ipso consensu in totum remissum videri: cum alioqui si etiam jure communi quoad alios tutæ esse potuissent mulieres, tanta cautione minimè opus fuisset. Et quod Imperat. hoc contra jus vetus de novo ita constituerit, præter ea, quæ jam diximus, non solum ex illis verbis,

Jube-

Jubemus. & hac auctoritate nostra, sed ex fine *illius l.* evidens est, quatenus Imp. eam etiam ad casus præteritos extendit. Hoc enim illis tantùm constitutionibus, quæ novum jus introducunt, annecti solet, & in iis, quæ jure veteri obtinent, planè supervacaneum esset: & ne quis fortè clausulam illam ad id tantum, quo mulierum renunciatio confirmatur, non autem ad restrictionem additam referat, perpendendum est, quod Imp. disertis verbis loquatur de omnibus, quæ per hanc consultissimam l. statuit. Hæc enim universalia verba omnia, quæ illa lege disposita sunt, comprehendunt. Nullam igitur justam habuit causam Molinæus exsibilandi communem interpretationem illius l. & inde desumptam distinctionem inter masculum & fœminam, sed hac salva manente vel inde argumento à speciali desumpto rectè colligitur, creditorem consentientem, ut pignus suum alteri obligetur, jus suum in totum remisisse.

Tertium argumentum parùm urget. Nam etsi secundus creditor hoc principaliter non agat, ust alteri velit consulere, quia tamen istud ex eo, quod prior creditor consentiendo pignus suum remittit, necessariò sequitur, quoad hoc, non tàm quid senserit creditor secundus, considerandũ quã quid ipsa natura actus ferat, cui etiam actum illum gerens voluntatem suam accommodasse censetur, *l. si verò. locat. l. insulam. de præscript. verb. l. si stipulatus. §. verum. de usur. l. damni. vers. & quod in stipulatione. de dam. infect.* Sic & in casu *d. l. Paulus.* tertius non hoc agebat, ut meliorem redderet conditionem creditoris medii, quia tamen hoc ex eo, quod primus consensit, consequitur, non propterea minus admittitur, meliorem fieri conditionem medii: Quinimò in proposito creditor secundus sibi tantùm, non autem priori creditori consulere voluit. Minimè itaq; ex hac ejus intentione desumi hoc potest, quasi ordine tantùm mutato jus prioris creditoris conservare voluerit, sed ut consequatur id, quod voluit, sufficit, pignus prioris creditoris remissum esse. Cumque hanc ipsam remissionem consensus prioris sui natura secum afferat, neque de eo, quæ fuerit intentio consentientis, amplius laborandum, sed illa ex ipsius actus natura colligenda; &, si aliud senserit, sibi imputet, cur simpliciter consenserit, neque legem dixerit apertius. Nihil itaq; nos oppugnat regula *d. l. non omnis.* cum hanc sententiam nostram voluntati contrahentium maximè consentaneum esse, ex jam dictis satis appareat. Minùs huc facit id, quod quarto loco adducitur de actibus voluntariis, ultra quam necesse sit, non extendendis; cum ex ipso consensu creditoris remissionem pignoris, nisi aliud expresse actum sit, necessariò consequi, abundè sit ostensum.

Frustrà etiam quintò consideratur renunciationis natura ad præsumptionem ejus excludendam, cum ipse consensus illam in proposito ita manifestè inducat, ut nulla prætereà opus sit præsumptio. Connani verò argumentum tum posset procedere, quando pignoris natura ita esset dividua, ut priore creditore consentiente pars rei oppignorata creditori secundo, pro quantitate sui debiti tantùm obligata maneret: jure pignoris primi creditoris in reliqua parte salva manente: ut in venditione dimidii pignoris. Sed cum pignoris natura sit individua, ita ut quamvis debitum supereret, non tamen una pars magis sive minùs quàm altera sit obligata, utiq; priusquam distrahatur pignus, nulla hîc potest cadere consideratio residui; sed creditor antiquior consentiens, ut obligetur secundo, non tantùm quoad summam ei debitam,

sed pi-

sed pignus totum, ut obligetur, consensisse, atq; adeò istud in totum remisisse censebitur.

Septimum argumentum tollitur iis, quæ circa tertium paulò antè dicta fuerunt. Nam cum principalis intentio hæc sit, ut sibi tantùm non autem priori creditori consulat: utiq; nec alium finem propositum habere potest, quàm ut sibi tantùm caveat, & quod consequens est, ex hac finis consideratione id tantùm inferri poterit, quod tale jus pignoris acquirere voluerit, in quo prior ipsum non posset impedire, non autem quod prioris jus secundo loco constitutum esse debeat. Præterea finis consideratio tanti non est, ut quippiam inde inferre liceat, nisi etiam media ad eum idonea interveniant: quare cum in proposito consensus prioris creditoris pro medio accesserit, is verò sui natura pignoris remissionem inducat, ut suprà probatum fuit: utiq; potiùs ex hoc pignus remissum esse existimandum est, quàm ut contra id, quod medii natura fert, quicquam ex fine inferre liceat.

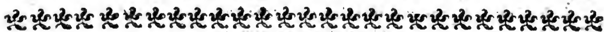
Cum etiam ex hisce manifestum sit, consensus, qui tanquam causa apud octavum argumentum consideratur, hanc esse naturam, ut remissionem pignoris inducat, potiùs inde effectus, qui huic causæ sit consentaneus, constituendus, ipsius videlicet pignoris remissio, quàm ut effectum alienum prorsus à natura suæ causæ ponere, atque ex hoc quicquam contra hanc arguere liceat. Estq; præsertim tàm circa hæc quàm sequentia argumenta advertendum, duo in illis asseri, quæ planè aliter sese habent: Primò enim ponitur, quasi jus pignoris, quod secundus creditor absq; voluntate prioris creditoris consequitur, idem esset cum eo, quod voluntate ejusdem constituitur, & quod propterea consensus prioris ipsum jus pignoris non respiciat: Deinde quasi jus prælationis sit diversum & separatum quid ab ipso jure pignori, atq; adeò illud absq; hoc, etsi nihil exprimatur, remitti possit: sed neutrum horum verum est. Nam etsi secundus creditor etiam asq; voluntate prioris jus pignoris consequi potest, eo tamen invito priore planè uti nequit: cum si consensus prioris accesserit, iste etiam contra primum se tueri valeat, atq; adeò hæc duo inter se plurimùm differant. Quia verò hoc posterius ex consensu prioris adipiscitur, hic autem consensus ipsius pignoris remissionem sui natura secum afferat, utiq; sive finem sive effectum consideraverimus, dicendum erit, secundum creditorem requirentem consensum prioris hoc ipso, nisi aliud actum sit, istud quærere, ut pignus à priore remittatur. Sic etiam jus prælationis, nisi de eo separatim expresè agatur, minimè separatum quid est ab ipso pignoris jure, sed illi tantùm ex tempore accedit, & effectus quidem ejus est, qui pignoribus jam constitutis rectè demum consequitur. Certum est autem, creditori secundo eo tempore, quo consensum prioris requirit, pignus nondum constitutum esse, sed de eo constituendo tantùm agi: quomodo igitur quæso vel ex finis vel effectus consideratione dici poterit, eum de prælationis jure tantum agere? quin potiùs ipsa rei natura demonstrat, eum de pignoris jure consequendo, & quidem tali, quo invito priore uti posset, solicitum potissimùm esse, cumque istud non nisi consentiente creditore priore consequatur, hic verò consensus interveniens pignoris remissionem introducat, utique in aperto est, pignus ab ipso prælationis jure, nisi expresè dictum fuerit, minimè separari posse. Hinc etiam patet textum *in d. l. voluntate.* planè huc non pertinere. Loquitur enim ibi JCtus de iis, quæ absque voluntate creditoris ita geri poterant à debitore, ut etiam suum effectum, quem respiciebant gerentes, consequantur. Nam quando debitor

bitor æstimationem pignorum solvit, utique is dominium pignoris retinet, alter verò æstimationem veram percipit. At licet secundo creditori absq; voluntate prioris pignus constitui possit, non tamen tale consequitur, quo liberè uti possit, sed ut consensus prioris interveniat, necesse est: quo accedente tunc demum pignus remoto quasi obstaculo constituitur, & effectum habet, ut secundus non tàm potior quàm solus, respectu primi creditoris inveniatur. Pignus enim voluntate prioris constitutum cum ipso prælationis jure ita conjunctum est, ut nisi expresse actum fuerit, alterum ab altero separari nequeat.

Ad ultimum deniq; argumentum responderi facilè potest, ideò venditione resoluta pignus salvum manere, quod effectum suum venditio nondum est consecuta: at re pignori obligata secundo, quamvis debitum ei solutum fuerit, nihilominùs ipsa pignoris constitutio suum sortita effectum atque adeò jus prioris creditoris hoc ipso extinctum fuit: quod debito deinde soluto sine nova voluntate resuscitari non potuit.

Sicut † etiam in venditione pignoris in effectum deducta idem obtinet, ut licet deinde dominium rei ad debitorem redeat, non tamen denuò obligari res incipiat, *l. fin. C. de remiss. pign.* (c)

Ex hisce itaque, ut finem tandem huic rei imponamus, manifestum est, omnia illa argumenta, quæ in hanc sententiam adducuntur, levia & fragilia admodum esse: contrariam verò † sententiam, non tantùm solidis juris rationibus subnixam esse, sed & claris & apertis LL. verbis ita probari ut contra hæc argumentis amplius locus esse meritò non debeat: cum in incertis non in certis locus si conjecturis. Quod ideò prolixius demonstrandum fuit, quoniam animadverti, multos cerebrinam potiùs æquitatem quàm rectam juris rationem sectantes in aliam opinionem ita inclinare, ut eam in judiciis obtinere debere existimaverint: cum præsertim auctorem habeant Molinæum, cui hoc quidem in loco haud præter meritum imputari posse videtur id, quod † de eo scriptum reliquit *Ant. Fabr. lib. 12. conject. c. 9.* familiare ei fuisse, ut æquitatis imaginariæ & cerebrinæ obtentu certissimam juris rationem convelleret, & à receptissimis Interpretum sententiis recederet, quas cæteri, ne cogitatione quidem auderent lacessere: id tamen adeò feliciter ei cessisse, ut etiamnum apud supremas plerasq; curias præcipua vigeat gratia: Sed *ut ibidem subjicit Fab.* quis erit controversiarum finis, si unicuiq; liceat pro arbitrio æquitates illas comminisci, quæ à juris ratione & Prudentû responsis abhorreat. 13



ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris, Hartm. F.

(a) ET *Joan. Baptist. Asin. de execut.* §. 7. c. 116. noviss. *Andr. Rauchbar. quæst. 34. n. 35. part. 1.*

(b) Sic dicitur, verba narrativa facti jus non inducere, quando legislator in iis se non fundat, *gl. in l. 1. C. quan. non pet. part. c. si papa de priv. in fin.*

(c) Quando nimirum ex nova causa in dominium debitoris redit, secus si prior alienatio tantùm resolvitur, *ut post Dd. in d. l. fin. & Negusant. decl. Lar. Joann. Baptist. Asin. de exec.* §. 7. c. 102. *Vincent. Carot. de excus. bon. quæst. 8. Bertazol. de clausul. instrum. cl. 12. gl. 3.*

QUÆ-

QUÆSTIO XVII.

AGNATUS, CUI FEUDUM ETIAM OPPIGNORATUM EST, SI SIMpliciter consenserit, ut alteri obligetur, an tantum ut agnatus consensisse, an verò etiam jus pignoris remisisse censeatur, & quatenus ratione officii, actui consentiens sibi præjudicet.

SUMMARIA.

1. *Præsens actui ut scriba, Advocatus propinquus, quatenus sibi in jure suo ab hac causa separato præjudicet.*
consensus officii nomine præstitus quatenus præjudicet consentienti in aliis, declaratur num. 17.
2. *Consentiens actui ut auctoritatem præstet, vel licentiam in jure sibi aliàs competente sibi non præjudicat. ut puta tutor, testis, Notarius.*
3. *Jura duo, ubi in unam personam concurrunt, ea pro duabus habetur: nec per actum ex uno jure factum in altero sibi præjudicat, ne quidem si uno Juri renunciet. num. 5.*
4. *Consensus certam ob causam præstitus ultra eam non extenditur.*
6. *Hypothecam generalem & specialem habens si consentiat alienationi speciali generalem propter ea non remittit.*
7. *voluntas quæ tacitè colligitur, tàm latè extendi non potest quàm expressa.*
8. *Agnatus & creditor in hypothecam feudi consentiens, in dubio ut agnatus tantùm non ut creditor consensisse videtur.*
9. *Voluntas contrahentium ex materia subjecta desumitur.*
10. *Quod communiter fieri solet, semper fieri præsumitur.*
11. *Actum validum potius quàm invalidum gerere voluisse quis præsumitur.*
12. *In obscuris, quod minimum est, sequendum, & quod verisimile est, num. 15.*
13 *Jus de præsenti majus quàm futurum.*
14. *Juris renunciatio non præsumitur etiam actu proximo, sed alia quavis conjectura prævalet.*
16. *Actus dubius ita interpretandus, ne quis damnum & incommodum sentiat.*

SEcundum ea, quæ in præcedenti quæstione de creditore consentiente, ut pignus suum alteri obligetur, eum hoc ipso jus suum remisisse, firmavimus, fuit quæsitum, an si is, qui cum debitore ratione feudi simul investitus erat, & feudum etiam istud debiti nomine oppignoratum habebat, consenserit, ut istud alteri obligetur, hoc ipso jus pignoris sui remisisse intelligatur. Nam omnes illæ rationes, quæ pro sententia affirmativa fuerunt adductæ, huc etiam rectè accommodari posse videntur, cum & consensus ejus accesserit, quem pignoris remisionem sui natura introducere dictum est, *l. Paulus quibus mod. pignus vel hypothec. solvat. l. cum quadam. C. de administr. tutor.* & sit etiam, quod imputari possit, cur si pignoris jus salvum sibi esse voluerit, istud non expresserit, neque legem dixerit apertius, sed simpliciter consenserit, *argum. l. veteribus ubi not. D. de pact.* Nec quicquam videtur referre, quod consentiens in proposito simul investitus fuerit, & hoc nomine tantum consensisse, neque adeò sibi in jure sui pignoris præjudicare voluisse existimari queat.

Nam† etiam is qui tanquam scriba tantùm adhibitus fuit, scribendo chiro- 1

chirographum, hoc ipso consentiendo sibi præjudicasse censetur, ut probatur *in l. fidejuss. §. pat. de pig.* quem tex. ad hoc citat *gl. in l. Cajus & ibi Bart. & alii de pign. actio.* Et patri, qui consensit filio accusanti testamentum tanquam falsum, denegatur actio ad consequendum legatum, *l. post legatum. §. si filiusf. de his quib ut indig.* Sic etiã qui tanquam Advocatus adfuit alicui, hoc ipso consensisse videtur & sibi præjudicat, ut est text. *in l. fin. de inoff. test. & in c. ex literis. & ibi glos. de transact. cum aliis citatis à Tiraq. de retr. § 1. gl. 9. nu. 267.* Hinc quoq; in casu statuti prohibentis minorem contrahere sine consensu propinquorum, multi existimarunt, propinquum consentientem sibi in proprio præjudicare, ut firmat *Socin. sen. cons. 43. col. fin. vers. sed post. vol. 4. & defen. Joan. Steph. Lamberteng. in tr. de contr. eor. quib. sine certa solennitate contrah. permiss. non est. glos. 10. verb. cum ipso marito. n. 31.* Ex quo generaliter traditum est, consensum etiam officii nomine præstitum alicui nocere, quando voluntariè adhibitus fuit, *ut per d. jura docet Paulus de Castr. cons. 314. omisso primo & secundo dubio. in fin. vol. 2. quem refert & sequitur Cravet. in quæst. post tract. de antiquit. tempor n. 38. Virginius de Boccatiis in constitut. Aegidian. gl. 3. n. 73.* quod ita declarat *Lamberteng. in d loco. n. 34.* ut locum habeat in omni casu, quoad consensum adhibendum quis cogi non potuisset. Quare cum & in proposito simul investitus, quantumvis officii nomine consentiat, ad consensum tamen cogi non potuisset, videtur sanè eum consensu hoc suo voluntario sibi in jure proprio non minùs præjudicasse, quàm in casibus jam commemoratis.

Veruntamen si hujus negocii qualitates quis rectius perpenderit, facilè apparebit, istud longè aliam & diversã tam ab iis, quæ in præcedente quæstione firmata fuerunt, quàm ab his, quæ jam adducta sunt, rationem habere.

Nam siquidem constat, consensum ejus tanquam simul investiti requisitum fuisse, vel eum hoc nomine consensisse, dubium sanè non est, ex hoc ejus consensu neq; proprii pignoris neq; alterius juris separati ab investituræ jure remissionem desumi posse cum regulariter, quoties quis ideò † consensit, ut negocio, quod geritur, 2 vel authoritatem sive licentiam præstet, vel etiam robur addat, tùm in jure proprio minimè sibi præjudicare censeatur, ut de tutore consentiente pupillo hæreditatem adeunti, quod is non videatur renunciasse juri dicendi testamentum nullum, rescribit Imp. *in d. l. cum quædam. C. de administr. tutor. & est text. in §. si tutor. Instit. de inoff. test.* & de eo, qui tanquam testis subscripsit quod is jus suum remisisse non intelligatur, respondet JCtus *in l. Cajus. de pig. act. & not. in l. Titia cum test. §. Luc. de leg. 2.* Ex quo in Notario officii nomine se subscribente idem concludunt *Bart. & Bald. in d. l. Titia.* & firmat *Corneus cons. 8. n. 7. vol. 1.* Et in patre filio agenti consentiente voluit *Bald. in l. fin. §. necess. col pen. vers. quæro numquid cons. C. de bon. quæ lib.* Et in civitatis administratore decretum interponente in transactione civitatis, quod sibi non præjudicet, consuluit *Castr. cons. 423. col. 1. vol. 1.* Sic & eum, qui consentit mulieri vel minori, ad cujus contractum vigore statuti consensus consanguineorum requirebatur, sibi in jure suo non præjudicare, sensit *Bald. cons. 102. circa med. vol. 2. Castrens. cons. 459. col. 4. vers. verum quia. vol. 1. Zuchard test. n. 93 C. de pact. Crav. in d. quæst. post tr. de antiq. temp. n. 2 & 36.* dum ibi statutum de consanguineis præsentibus loqui, patrem verò, qui consenserat, absentem fuisse considerat, *Virg. de Boccat. in d. Constitut. Aegid. glos. 3. n. 73.* (a)

(a) Idemq; in materia retractus post Afflict & alios approbavit *Tiraquell. de contract. tit. 1. §. 1. glos. 9. numero 139.* Inde concludens, quod etsi aliàs consentiens venditioni censeatur renunciare juri retractus, res tamen aliter

sese habeat in eo, qui in casu jam dicti statuti consensit. Hinc etiam Cephal. *consil.148.num.23. & sequent.* consuluit, patrem, qui donationē filiis suis, à parente suo avo ipsorum factam nomine filiorum ratam habuit, non propterea minùs posse illam tanquam inofficiosam impugnare.

Quare cum in proposito simul investitus ideò consenserit, ut feudum quod absque ejus consensu jure oppignorari non poterat, quin possessore absque filiis defuncto revocare posset *cap. 1. de alienat. feud. pater.* etiam in hunc casum oppignoratum maneat, atq; adeò robur addat contractui, utique ex hoc ejus consensu alterius cujuspiam juris remissio non magis inferri poterit, quàm in speciebus jam commemoratis.

Idemq; suadet etiam trita illa ju[illegible] regula, qua traditur, Officium sive beneficium suum nemini damnosum esse debere, *l. sed & si quis. quemadmodum testament. aper. l. videlicet. ex qu[illegible] caus. major. l. si servus. §. quod verò de* [illegible]

Confirmatur hæc sententia præterea ex eo, quoniam in consentiente, de quo nunc sermo nobis institutus est, duo verè diversa concurrunt, quorum alterum ex investitura simultanea, alterum ex cōtractu pignoratitio oritur, atque adeò hoc respectu sustinet vicem duarum personarum tàm simul investiti quàm creditoris. Certum autem est, si ex duobus, quorum alter simul investitus, alteri feudum oppignoratum esset, ille consentiret obligationi feudi, quod huic tanquam tertio in jure suo pignoris nocere planè non posset. Sequitur ergo neque etiam in proposito consensum ratione simultaneæ investituræ adhibitum sibi in pignoris jure ab hac planè separato quicquam præjudicare: cum †
3 quoties plura discreta jura in unam eandemq; personam deveniunt, illa instar duorū habere censeatur, *l. tut. de his quib. ut indig. l. 3. de adopt.* usque eo, ut actus unius juris ratione celebratus ad alterum jus non magis extendatur quàm si jura illa diversas personas attinerent, *cap. cum inter universas & cap. quod sicut. §. pen ibi, cum id non tanquam simplex. Episcopus, sed tanquam Archiepiscopus facere videatur de electione.* sed semper cujus juris respectu quid fecerit quispiam, considerandum sit, *l. si quis domum. §. pen. in fin. locat. l. debitor. §. fin. ad Trebell. cum aliis congestis ab Everhard. in loco à tanquam.*

Sic & causa ipsa, ob quàm consensus in proposito requisitus vel adhibitus fuit, convincit, nullā pignoris remissionem inde peti posse: siquidem causa illa jus tantùm feudi concernit, cum pignoris verò jure nihil habet commune.

Omnis n. actus ex causa qua ad gerendum negocium quis motus fuit, interpretationem recipit, *l. quod dictum. de leg. 2. l. adigere. §. quamvis de jure patron.* & sicut causa limitata limitatum producit effectum, *l. in agris. de acquir. rer. domin. l. 2. §. corporis debilitas de vacat. mun.* Ita etiam consensus certam ob causam † præstitus ultra eam 4
non extenditur, *l. age cum Geminiano. ubi not. Doctores C. de Transact. l. 1. & l. si pupillum. versic. si prætor. de reb. cor. Dec. consil. 379. num. 6. & cons. 551. Paris. cons. 18. n. 8. vol. 1. & consil 19. n 49. vol. 3. cum aliis adductis à Cravett. cons. 242. num. 6.* Ex quo etiam docet Baldus *in cap. 1. §. præterea. in princip. quibus mod. feud. amit.* semper inspiciendam causam sive effectum, propter quem consensus est præstitus, quod sequitur *Brun. in cons. 79. num. 3.*

Pertinet huc quod † de renunciatione 5
generaliter traditum est, illam strictè esse interpretandam *l. si unus. § ante omnia. l. emtor. §. Lucius. de pact. l. si ex pluribus. de solut.* & propterea quoties alicui in una eademque re plura jura competunt, licet uni renunciaverit, non tamen propterea censetur renunciasse alteri, *l. si domus. de servit. urban. præd. l. si mihi. in princip. de servit. rust.*

ruſt.præd. l. nec is qui §.*1.de acquir. hæred. l.quoties duplici. & ibi not. Dd.de regul. jur.* unde *Roman. conſil.132.*concludit, quod is, qui generalem & ſpecialem
6 hypothecam habet,ſi conſentiat† alienationi rei ſpecialiter obligatæ, non propterea cenſeatur remiſiſſe hypothecam generalem, *quod confirmari præterea poſſet aliis deciſionibus congeſtis à Cagnol. in l. fin. n. 165. C. de pact. & Tiraq. de contract.* §.*1.gloſſ.9.n.161.*

Cumq; hoc etiam tum obtineat, quando de renunciatione expreſsè actum fuit, certè multò magis locum habebit, quando illa tantùm ex negocio geſto, ut in propoſito, ex conſenſu colligenda eſt.

7 Nam† voluntas tacita per ſe etiam non ita latè interpretatur ſicut expreſſa,ſed eatenus tantùm,quatenus actus illi,ex quibus illa colligitur, neceſſariò inferunt, *l. Julianus. & ibi not. de condict. indeb. l.non ideò de lib cauſ. Paulus de Caſt.conſil.334.vol.1.quem refert. Jaſ. in l. cumqu.n.18.ſi cert.p.Crav.conſ.43.n.3* Atq; hæc ita obtinēt,quando apparet,aliquē tanquam ſimul inveſtitū conſenſiſſe.

Quin & ſi de eo non ſatis liqueret,
8 in dubio tamen† nihilominùs exiſtimarem præſumendum, quem potius ut ſimul inveſtitum, quàm tanquam creditorem conſenſiſſe. Nam cum hìc de feudo oppignorando agatur cum ſimul inveſtito, cujus conſēſus ad hoc neceſſarius eſt,ipſa ſubjecta materia arguit, ejus tanquam inveſtiti conſen-
9 ſum fuiſſe requiſitum: Siquidem† quæ fuerit mens,negocium aliquod gerentis ſubjecta materia plerunq; declarare ſolet, *l.damni infect.in princ.de damn. infect.l.inſul. de præſcript verb.l. fin. C. de non n.pec.* & quilibet cenſetur ſeſe accommodare naturæ rei,de qua agitur, *l. ſi v. ubi not. Bart. & Sal. loc.l.ſi ſtipul.de uſur.* Ideoq; ad cognoſcendum actum potiſſimum judiciū reſultare ex ſubjecta materia,dicit *Aret.in l.1.*§.*ſi quis ita. de verb. oblig. Alc. in tr. præſumpt. reg.3. præſumpt.36 cum aliis adduct.ab Everh.in loco à ſubject.mater.* Solet etiā plerunq; quoties feudum aliquod oppignorandum eſt, conſenſus eorū,qui ſimul inveſtiti ſunt, ad hoc requiri: quare vel ex eo, quod cōmuniter fieri ſolet deprehenditur, quem hoc potius quàm alio nomine conſenſiſſe: cum regulariter id, quod† communiter fieri ſolet 10 factum etiam eſſe præſumatur, *l.quod ſi nolit.*§.*quia aſſidua.de ædilit.edict.l.ſi potius.*§.*rectè plac. de aq. pluv.arcend.c.cum M.Ferrarienſis.& ibi.not.Dd.de conſt.Bald. in l.incendium.in fin. C.ſi cert.pet. cum aliis congeſt.ab Everh.in loco à cōmuniter accidentibus & Crave.conſ.40. n.2.& in tr.de antiq.temp.in 4.par.4.p.princ.n.119.& 120.*

Præſertim v. quia alioqui,niſi agnatorum vel inveſtitorum conſenſus accederet,feudi oppignoratio non valeret. Nam vel hac de cauſa exiſtimandum eſt, eorum conſenſum requiſitū fuiſſe, cum quilibet cenſeatur potiùs actum† validum quàm invalidum gerere voluiſſe. 11 *l.ſi præt.in pr. de jud.l.3. de teſt. milit.l. quot.de reb.dub.c.Ab.de verb. ſig.* & hæc præſumptio omnibus aliis prævalere ſoleat, *Paul.de Caſt.in l,ex imperf.C.de teſt.Alex.in l.quanquam. C. de teſt.milit.Dec.in l.poſtquam ſibi.n.13.C. de. pact.* & propterea etiam regina omnium aliarum interpretationum appellatur à Decio *in c. quoniam. Abb. n.16. de offic. de leg.* quem refert Cephal.*conſ.51. n.30.* Suffragatur hiſce alia vulgata regula, quæ docet,In obſcuris† ſemper id, 12 quod minimum,ſequendum eſſe. *l. in obſcuris.l. ſemper in ſtipulationibus.de reg. jur.l.ſi fidejuſſ.Mand.l.fin.de præt.ſtip.cum aliis citatis à Decio & Cagnol.in d. l. in obſcuris.*

Certum eſt enim jus illud quod agnato ob ſpem futuræ ſucceſſionis ex inveſtitura competit,minus cenſeri † eo jure, quod tanquam creditor ra- 13 tione pignoris jam quæſitum habet. *l. qui autem in princ.de his quæ in fraud.cred. l.ſi ſponſus.* §. *ſi maritus. de donat. inter vir. & uxor. Decius in l. ſervus num. 8.C. de pact. latè Barbat.conſil.41.col.16. vol. 1.*

Facit illud vulgatum ad præsens, ova cras, pullis sunt meliora, *glos. in l. cum hi de Transact.* & istud Claudiani: Omne futurum Despicitur, suadentq; sui præsentia fructum, quod refert *Jason. in §. nihil commune. num 103. l. naturaliter. de acquir. possess.* Quare hac etiam de causa existimandum est consentientem, ratione potius agnationis, vel investituræ, quam crediti respectu consensisse. Idq; in proposito vel ideò magis locum habet, cum hic de juris renunciatione agatur: quæ ni-
14 si de ea † expresse constat, nunquam præsumi solet, *c. sanè. c. super eo. de renunciat. not. Bald. in l. 1. in ult. not. C. de edict. divi Adrian. toll.* usq; eò, ut nec eam ex actu proximo colligere liceat, secundum Cardinal. Florent. *consil. 30. incip. in hac dubia quæst.* Maximè verò quando, ut in casu nostro alia potest capi conjectura. Hæc enim semper potius tenenda est, quàm ut juris renunciationem sive remissionem inducamus, ut docet *Anton. de Butr. in cap. accedentibus de Privileg.* quem refert & sequitur *Alex. consil. 33. vol. 5. & Decius consil. 402.* Neque sanè mirum, cum quævis renunciatio sive remissio juris donationis vim obtineat, *l. contra. §. si filius. de pact. l. 1. de Transactio. l. sicut. §. an pacisci. quibus mod. pign. vel hypothec. solvat.* Hæc verò donatio nunquam præsumatur, *l. cum de indebito. de probat. de cap. super eo. de renunciat.* sed potiùs quævis alia præsumptio seu conjectura capi debeat, quàm donationis, *l. si cum aurum. & ibi not. Bartol. de solut. eleganter. §. qui reprobos. de pign. act. Paul. de Castr. consil. 377. vol. 2.* Etiamsi illa conjectura levis esset secundum *Bald. in l. final. col. 3. C. de dot. promiss. Jason. in l. si fundum per fideicommissum. de leg. 1. Decius in d. consi. 402.*

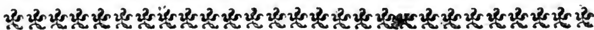
Unde simul apparet, minimè verisimile esse, quod simul investitus jus sui pignoris remittere voluerit, ideo-
15 que † locum etiam hic inveniet alia juris regula, docens: In obscuris semper id, quod verisimilius est, inspiciendum esse, *l. in obscuris. de regulis jur. l. si nuptura. in fin. de rit. nupt. c. quia verisimile. de præsumpt.* Quævis enim dispositio & quilibet actus ex verisimili interpretationem recipit, *cap. cum in generali. de offic. vicar. in 6. c. in generali. de regul. jur. in 6.* usque eò, ut id, quod è verisimili remotum est, dicatur habere falsitatis imaginem, ut ait Baldus *in l. 1. C. de serv. fugit.* quod refert *Jas. plura accumulans in l. si extraneus. num. 7. de condict. caus. dat.*

Accedit denique hisce omnibus alia communiter approbata doctrina, qua traditur, omnem † actum dubium ita esse interpretandum, ne quis 16
damno & incommodo afficiatur, *l. 3. §. 1. de arbitr. c. cum dilectus. c. audientiam. de Cler. non resid. not. gl. & Dd. in l. fin. §. in computatione. C. de jure deliber. & in c. causam quæ de rescript. Jas. in l. si servum Stichum. §. sequitur in 2. notab. de verbor. obligat. Decius in c. Pastoralis. de appellat. cum simil.* Non obstant ea, quæ in præcedente quæstione adducta fuerunt: illa enim eo demum casu rectè locum habent, quando constat, aliquem tanquam creditorem consensisse rei sibi prius obligatæ: in proposito autem de eo adhuc quæritur, utrum tanquam creditor, an verò tanquam simul investitus consenserit: minimè igitur huc accommodari poterunt jura & fundamenta suprà adducta, sed id potiùs, ex iis, quæ jam consideravimus, definiendum est: Cumq; ex iis manifestum fiat, verisimilius esse, eum potiùs ut investitum quàm ut creditorem consensisse, certè non magis ei quippiam hoc nomine imputari, poterit quam in casu, *l. sicut. §. non videtur quib. mod. pign. vel hypoth. solv.*

Cum ideò passus sit hoc fieri, quod sciebat utiq; pignus sibi durare, *ut ibid. ait ICtus.* Quæ v. de consentiente † offi- 17
cii nomine in principio diximus illa mani-

manifestum est, plurimum adversari iis, quæ in prima decidendi ratione considerata fuerunt. Ideò ut hanc pugnantiam concilient, variis modis distinguunt interpretes *in l. Cajus. de pignorat. act. & in d. c. ex literis de Transact. & Joan. de Imol. in c. si quis Presbiterorum. de reb. Eccles. non alienand.* Quidam enim *post gl. in d. Cajus* materiam hanc declarant, ut cum quidem, quando probationis gratia quis consensit, istud ei in jure proprio non præjudicet, secus verò, quando ob actus validitatem consensum suum adhibet, quod sequitur etiam *Socin. sen. d. cons. 43. vol. 4.* Sed ut hæc declaratio satisfacit ad objectum *d. l. Cajus*, ita per reliqua exempla suprà adducta planè destruitur. Num & tutor ideò auctoritatem præstat, & consanguineus consentit, ut actus robur accipiat, neq; tamen propterea magis alteruter in jure suo sibi præjudicat. Communiter igitur ita distinguere solent, ut quoties quis officii necessitate consensit, in jure proprio sibi is præjudicare non censeatur: secus verò si voluntariè consenserit: tunc enim etsi officii nomine id fecerit, nihilominùs sibi præjudicare intelligitur, *ut not. Dd. in d. §. si tutor. Inst. de inoffic. test. ubi Joan. de Plat. Aretin. & Viglius & post eos Tiraq. de retract. §. 1. gl. 9. num. 271. tradit Cravett. in d. quæst. post tractat. de antiquit tempor. num. 2. & 36. & Virginius de Boccat. in constit. Aegid. gl. 3. num. 73.* Hæc autem doctrina non ita accipienda est, quasi tum demum officii necessitate consensisse quis dicatur, quando officii ratione ad consensum cogi potuisset, sed ad hoc sufficit, quem ad officium, cujus ratione consensit, vel ad ipsum consensum non ultro se ingessisse, sed consensum ejus, nomine officii quod alioqui gerit, necessariò requiri, quantumvis consensum illum spontè adhibeat. Sic è contrariò voluntariè consensisse dicitur, qui etsi officii nomine id fecerit, nulla tamen necessitate adactus fuit, sed cum istud per alium æquè expediri potuerit, ultrò se ingessit. Et hanc esse Interpretum sententiam, exempla ab eis adducta satis declarant. Nam tutor auctoritatem præstans contractui, etsi officii nomine id faciat, non tamen ita ad hoc cogitur, quin si id expedire visum fuerit, recusare possit: Sic consanguineus, cujus consensus vigore statuti ad contractum requiritur, denegare potest consensum: quia tamen & tutoris auctoritas & consanguinei ad contractus validitatem necessariò requiritur, ideo hi consentientes necessitate officii, quod gerunt, consensisse intelliguntur, quippe cum nisi hoc facerent, non valeret, quod agitur. Contra verò Scriba, Advocatus vel Procurator, etsi officii nomine, quod gerunt, causæ adsint, quia tamen hoc ipsorum officium non ita necessariò requirebatur, quin idem per alium æquè commodè expediri potuisset, hoc ipso ultrò se ingessisse, atq; adeò voluntariè consensisse intelliguntur, ut mirum non sit, cur nullam inde mereantur excusationem, sed consensus in jure proprio præjudicet. Minimè itaque assentiendum Lamberteng. dum is considerat, utrum quis ad consensum cogi potuerit nec ne cum hoc à mente Interpretum alienum sit, ut ex jam dictis manifestum est. Nunc si quis cum hac communiter approbata doctrina eo modo declarata, hunc casum nostrum conferat, facilè apparebit, eum ad prius potius quàm posterius membrum referendum esse. Nam etsi in agnati vel simul investiti arbitrio situm sit, utrum oppignorationi feudi consentire velit nec ne, quia tamen consensus ejus ad validitatem actus requiritur, utiq; non spontè se ingessisse, sed officii necessitate consensisse intelligitur, perinde ut consanguineus, qui vigore statuti id requirentis consensit. Unde efficitur, hunc consensum

in jure proprio ei non magis præjudicare quàm consanguineo. Nec obstat, quod etiam in consanguineo aliud sensit Socin. *in d. consil. 43.* nam hanc ejus opinionem communiter improbatam esse ex suprà adductis apparet. (*b*)Neq; etiam quicquam refert, quod de patre filio consentiente *ex d. l. post legatum. §. si filiusfamiliàs, de h is quibus ut indign.* dictum fuit. Nam ut post Bart. respondet etiam Lamberteng. *in d. loco. numero. 37. in casu illius. §.* filius sine consensu patris agere potuisset, atque adeò consensus patris voluntarius fuit, & propterea etiam casus hic ad posterius membrum distinctionis paulò antè traditæ potius referendus erit.



ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris, Hartm. F.

(*a*) Omnino *Rimin. Jun. consf. 19. n. 40. Fulv. Patian. de probat. lib. 1. c. 29. n. 67. 68. Surd. decis. 153. num. 17.*

(*b*) Et refutat *Rimin. jun. d. cons. 190. num. 47.*



QUÆSTIO XVIII.
PIGNUS QUOMODO ET QUIBUS SOLENNITATIBUS LEGITIME DISTRAHITUR, & quatenus jus vetus in eo correctum sit.

SUMMARIA.

1. *Creditor cui pignoris vendendi potestas facta est, id licitè distrahit post moram debitoris, non antè. Neq; hoc casu denunciatio aut alia solennitas requiritur, num. 2. si conventum est ne vendatur, trina denunciatione post moram commissam opus est, n. 3. & solennibus, de quibus n. 7.*

Si de eo nihil dictum ex natura contractus vendendi potestatem habet creditor n. 4. modò in mora sit debitor n. 5. in omni tamen venditione bona fides requiritur, quæ in quibus consistat, num. 6.

Quæ solennia ad venditionem pignoris jure veteri requisita sint, num. 7. & quatenus omissa nocuerint, num. 8. quid jure novo statutum n. 9.

10. *Creditor jure novo post moram debitoris biennium (quod unde incipiat num. 11.) expectare tenetur, antequam pignus vendat, aliàs nulla est venditio ex communi, & requiritur præterea denunciatio num. 10. quæ tamen omissa non vitiat, sed creditorem gravat.*

12. *L. fin. C. de jur. domin. impetr. intellectus quod non tantum in fœneratoribus sed generaliter obtineat n. 13. Procedit tamen in casu, quo nihil de venditione pignoris conventum fuit, nu. 14. Et in pignore conventionali, n. 15. nec requiruntur solennitates in ea præscriptæ, quando pignus authoritate judicis venditur, n. 16.*

15. *Pignus judiciale post bimestre spacium vendi potest pratorium pro arbitrio.*

17. *Pignus judiciale dicitur, quod vigore instrumenti guarentigiati capitur.*

De

DE pignorum distractione quoties agitur, de duobus potissimùm quæri solet; Primò an vendendi jus & facultatem habeat creditor: Deinde hac facultate posita, quid in ipsa venditione sit observandum. In utroq; plurimùm refert, utrum de alienatione pignoris
1 conventum fuerit nec ne? Si enim vendendi † facultas pacto expressè concessa fuerit, dubium non est, quin jure istud vendere possit creditor, & vendendo dominium transferat, *l si convenerit. l. si necessarias. §. si annua de pignor. act. §. 1. Instit. quib. alien. lic.* mora tantùm debitoris ut interveniat, necesse est, *l. cum solvendæ. & ibi Dd. de distract. pign. l. si cessante. l. quæ specialiter. C. eod. tit.* Quippe cum talis licentia sub ista conditione, si in mora solvendi fuerit debitor, concessa intelligatur, ut declarat *Paul. de Castr. in d. l. si convenerit,* quem refert *Negusant. de pignor. part. 6. princ. memb. 1. n. 1.* Et hæc quidem mora vel per lapsum diei solutioni appositæ committitur, *d. l. cum solvendæ & l. magnam. C. de contrah. & commit. stipul.* vel per interpellationem creditoris, *l. mora. in pr. de usur. l. si ex legati causa. & ibi not. Dd. de verbor. oblig. l. debitores. C. de pignorib.* Præter moram verò ad facultatem vendendi ne-
2 cessariam hoc casu, ubi pacto illa permissa est in ipsa † venditione, neq; denunciatio, neq; ulla alia requiritur solennitas, de qua paulò pòst dicturi sumus, ut sensit *glos. in l. creditor. C. de distract. pignor. Bald. in d. l. si convenerit. Salic. in d. l. creditor. C. de distract. pignor. Bald. in d. l. si convenerit. Salic. in d. l. si creditor. & l. fin. C. de jur. domin. impetr. Negusant. in d. loco. num. 1. Rim. jun. in d. §. 1. num. 251. in noviss.* Nec quicquam impedit, quod *Paul. de Castr. in d. l si convenerit.* hoc etiam casu denunciationem requirat: quoniam disertè loquitur de ea denunciatione, qua debitor in mora solvendi constituatur: & hanc manifestè distingvit ab illa, quæ postquam debitor in mora constitutus & vendendi facultatem inde consecutus est creditor, in ipsa venditione solennitatis gratia adhibetur. Frustrà igitur in conciliandis hisce opinionibus laborat *Rimin. jun in d. loco.* hasce diversas inter se denunciationis species confundens. Baldus quidem *in d. l. creditor,* etiam hoc casu denunciationem videtur requirere, sed potiùs monet, creditorem ad conservandam boni viri opinionem benefacere, si denunciet, quàm ut hoc necessarium esse ducat, & si aliter sentiret, non solùm sibi foret contrarius, sed hæc ejus opinio communiter esset improbata. Bonam fidem tamen in pignoris venditione nihilominùs adhibere, & cum licet majori non viliori pretio vendere debet creditor, *l. si uxor. C. si vendit. pignor. glos. in l. 1. verbor. dolo malo. C. eod. tit.*

Sin † autem pacto conventum fuerit, ne pignus vendatur, tùm eatenus quidem valet ejusmodi pactum, ne debitore in mora constituto ad venditionem mox prosilire possit creditor, quin potiùs si hoc fecerit, furti teneatur, *d. l. si convenerit. l. si is qui pignori. de furt.* non tamen ejusmodi pactum omnem vendendi pignoris facultatem penitùs adimit, sed hoc tantùm præstat, ut creditor ter denunciare teneatur debitori, ut solvat, quo facto, & debitore cessante, integrum nihilominùs est creditori pignus vendere, *d. l. si convenerit.* de cujus ratione, & quæ nam intervalla singulis denunciationibus intercedere debeant, pluribus agunt Interpretes *ibi. Negusant. d. loco Riminald. jun. in d. §. 1. num. 264. Instit. quib. alien. lic. & Donell. de pignor. cap. 10. col. 3.* 3

Istæ autem denunciationes ad hoc potissimùm requiruntur, ut vendendi facultatem consequa-

tur creditor, ideoque denunciationibus hisce factis & vendendi jure impetrato, tum in ipsa venditione hoc etiam casu observanda erunt omnia ea, quæ ad illam requiri solere, jam dicemus, ut tradiderunt *glos. Bart. Salic. Castr. & alii in d. l. si convenerit. Negusant. in d. loco num. 3. Riminald. jun. in d. §. 1. num. 264.* inde concludentes jura vetera quoad hanc etiam denunciationem isto casu non esse immutata.

4 Quod † si de pignoris venditione in contractu nihil dictum neq; conventum fuerit, nihilominùs tamen vendendi jus & facultatem ex ipsa contractus natura habet creditor, *d. l. si convenerit. l. 1. §. servo de pign. l. creditoris. l. creditor. de distract. pignor. l. si in hoc. C. eod. tit. l. 1. C. de pact. pignor.* propterea rem sibi oppignoratam vendendo dominium ejus non minus transfert, quàm si vendendi facultas pacto expressè permissa esset, *d l. si convenerit. l. qui à creditore. C. de distract. pignor. l. non est novum. de acquir. rer. domin. d. §. 1. Instit. quib. alien. lic.* Quippe cum debitor pignori dando hoc ipso alienandi facultatem concessisse, atque adeò creditor licet ipse Dominus rei non sit, ex hac tamen debitoris voluntate, tanquam Procurator ejus negocium gerens alienare, & dominium transferre intelligatur, *d. §. 1. & ibi post alios Riminald. jun. num. 13. l. creditoris ubi not. Dd. de oper. nov. nunc Bartol. in l. si pignori, n. 8. famil. hercisc. Bald. in l. 1. C. credit. evict. pign.* Idq; adeò verum est, ut debitor venditionem hanc nisi integrum afferat debitum, impedire neutiquam possit, *l. 1. & 2. C. debitor. vendit. pignor. imped. non poss.*

5 Modò † debitor in mora solvendi fuerit, quam ad hoc, ut vendi possit pignus, omninò necessariam esse diximus, *per l. cum solvenda. de distract. pignor. & l. si cessante. C. eod. tit.* In ipsa autem pignoris venditione creditori permissa hoc potissimum (quod alterum est hujus inspectionis caput) observari debet, ut illa bona fide & solenniter celebretur, *l. quæ specialiter. C. de distract. pignor. l. cum contra. C. si vendit. pign. agatur.*

Et † bona fides in eo potissimum 6
consistit, ne pignus viliori precio vendat, *l. si uxor. C. si vendit. pignor. agatur. glos in l 1. verb. dolo malo. & C. eod. tit.* Sed ut observatis solennitatibus in vendendo pignore ita se gerat venditor, ut diligens paterfamiliàs res suas vendere solet, *l. ea agitur. de pignor. action.*

Ad † solennitatem vero olim hoc 7
tantùm requirebatur, ut res vendenda publicè proscriberetur, & ut illud debitori prius denunciaret creditor, ut probatur *in d. l. creditor. 4. C. de distract. pignor. & ibi not glos. in verb. bona fide Bald. in l. final. num. 1. C. de jur. domin. impetr. Connan. in Comment. jur. civil. lib. 4. cap. 18. numer. 7. Donell. de pignor. cap. 10.*

Hæc tamen ideò duntaxat adhibebantur, ut creditor vendens omni fraudis suspicione liberaretur, & ne quid hujus venditionis nomine judicio pignoratitio præstare facilè teneretur, ut apparet *in d. l. quæ specialiter.* ubi imperatores, postquam pignus bona fide & solenniter vendi debere rescripserunt, hanc subjungunt rationem, ita enim apparebit, an ex precio pignoris debito satisfieri possit. Quare si creditor hisce non observatis, pignus absque proscriptione & denunciatione vendidisset, venditio non propterea irrita fiebat, sed propter jus vendendi, quod ex lege contractus competere creditori diximus, firma & rata nihilominùs manebat, & dominium in emtorem transferebatur, *d. l. si cessante. de distr. pign. l. 1. & l. pen. C. si vend. pign. & docet Paul. de Castr. in d. l. si convenerit. de pignor act. Connan in Comment. jur. civil. lib. 4. cap. 18. num. 7. Donell. de pign. cap. 10.* Et si qua fraus intervenisset, quia minoris vendita res esset, cum liceret majoris, ejus nomine

nomine debitor venditorem quidem pignoratitia convenire poterat, non autem emptorem, *d. l. si cessante*, nisi emptor fraudis particeps fuisset, tum enim venditore non solvendo existente in subsidium tenebatur, *l. 1. l. 3. & 4. C. si vendit. pignor.*

8 An† autem ex eo solo, quod solennitates istæ prætermissæ fuerint, teneretur creditor, quantumvis justo precio res vendita fuerit, quæsitum fuit. Et ad subhastationem quod attinet, creditor pignoris vendendi jus alioqui habeat, & venditiones non semper sub hasta fieri soleant, sed plerunq; etiam privatim celebrari, creditorem ex eo solo, quod non proscripsit, non teneri putarem, si modò aliàs bona fide gesserit. Idq; communiter senserũt Interpp. dum denunciationem tantùm requirunt, ut clariùs tradidit *Balduinus de pignor. cap. 18. col. 2.* inquiens, quod satis sit creditorem vendere, ut bonus paterfamiliàs venderet. Majoris igitur cautionis gratia tantùm adhibebatur proscriptio, non quod debitor ad eam adstrictus fuerit. Ideoq; & Imperator *in d. l. creditor*, proscriptionem non requirit, sed simpliciter dicit, cum proscribit pignus arbitrio ejus hoc ipsum permittens. Quia verò denunciatione facta, debitor forsitan pignus luere vel rationem invenire potuisset, quo minore suo incommodo pignus venderetur, atq; propterea ejus plurimum interesse possit, denunciationem factam esse, ideò creditor hanc prætermittens, non satis bona fide gessisse videtur, atq; adeò hoc nomine debitori tenebitur, ut probatur *l. cum contr. 1. C. si vendito pign. agat* & disertè docuit *Bart. in d. l. creditor. num. 3.* inquiens, quod creditor hoc casu tanquam mala fide versatus teneatur pignoratitia ad interesse, *d. l. creditor.* Sicut aliàs, quando malam fidem adhibuit in vendendo pro viliori pretio, *l. 1. C. si vend. pign. & Bart. sequitur Salic. ibi.* Idemq; sensit & *Castrens. in d. l. si convenerit.* dum ait, creditorem hoc casu ad interesse conveniri posse. Atq; hæc obtinuerunt jure veteri. Sed Justinianus hanc pignoris vendendi facultatem eo jure permissam peculiari constitutione edita ita restrinxit, ut† credi- 9
tor, postquam in mora constitutus fuit debitor, biennium expectare teneatur, priusquam pignoris venditionem suscipere possit, *l. fin. C. de jure domin. impetr.* per quem text. ita generaliter colligunt *Bart. Bald. Alber. Salic. & alii ibi. & Salic. & Dd. in l. creditor. de distract. pign. Paul. de Castr. in d. l. si convenerit* (a) (a) *Aretin. in §. 1. Instit. quib. alien. lic. vel non. & ibi etiam Rimin. jun. n. 9. Negusant. de pign. c. 18. col. 1.* Idq; adeò verum esse volunt, ut creditor ante biennium elapsum vendendi facultatem planè non habeat, ac propterea venditio interim suscepta nulla sit, neq; dominũ transferat, ut docuerunt *Bart. & Salic. in d. l. creditor. & Paul. de Castr. in d. l. si conven.*

Secundum hæc† itaq; denunciatio, 10
cujus *in d. l. fin. vers. sin autem*, mentio fit, non de ea, quæ pro solennitate ad venditionem jure veteri requirebatur, intelligenda erit, sed potiùs de illa per quam in mora constituebatur debitor. Unde porrò sequitur, biennium istud novissimo jure introductum non † à denunciatione demum illa, quæ ad 11
venditionis solennitatem requiritur, initium capere, sed mox ab eo tempore, quo in mora constitutus fuit debitor, currere, atq; propterea biennium hoc prius elabi, quàm denunciatio illa requiratur, *ut in locis citatis tradunt Dd.* Hinc deniq; apparet, jura vetera etiam hodiè adhuc obtinere & in tantùm immutata esse, ut priusquam venditio cum solennitatibus juris veteris incipi possit, biennium expectare teneatur creditor. Non desunt quidem qui constitutionem *d. l. fin.* ad eum † tantùm 12
casum restringunt, quo creditor ipse dominium pignoris impetrare cupit à superiore, ut sensit *Connan. lib. 4. c. 15. n. 17.* & pluribus firmat *Donell. de pignor.*

pignor. cap. 10. quorum opinionem & ipse titulus, sub quo collocata est illa *l. fin.* & præfatio ejusdem l. & quæ deniq; in fine annectuntur, admodum verisimilem reddunt, subsistente præsertim probabili diversitatis ratione inter illum & hunc nostrum casum. Quippe cum jura creditori pignus ementi non perinde faveant, ut vendenti alteri, sed potiùs magnam semper cautionem adhibere soleant, ne fœneratores debiti obtentu in aliorum possessiones facilè invadant. *l. & qui sub imagine. C. de distract. pign.* Addit *Donell.* Imperatorem nullam habuisse causam emendandi jus vetus, neque etiam de mente ejus, quod istud corrigere voluerit, satis constare, & procterea jus pristinum extra casum dominii impetrandi adhuc obtinere.

Veruntamen non solùm Imp. *in d. l. fin.* quatenus de pignorum distractione, quæ per se cum ipsa dominii impetrationa nihil habet commune, disponit, verbis utitur admodum generalibus non tàm ad eum casum, quo creditor pignoris dominium impetrare cupit, quàm ad omnem pignorum distractionem pertinentibus, sed & *in sequenti vers. sin verò nemo. ubi de jure dominii impetrando agere incipit*, hanc posteriorem dispositionem ad eum tantum casum, quando expectato biennio nemo est, qui rem emere velit ac propterea necesse est, ut jure dominii possideatur, disertis verbis restringit, atq; hoc ipso satis perspicuè declarat, quæ in præcedenti vers. constituerat, non tàm ad hunc posteriorem casum, quàm generaliter ad pignoris venditionem, maximè verò ad eum casum, quo dominii impetratio necessaria non est, pertinere. Quinimò idem Imp. insuper *in §. 1. Instit. quibus alien. licet.* disertis verbis asserit, se constitutione sua certum modum imposuisse per quem pignorum distractio ita possit procedere, ut & creditores jus suum persequi non impedirentur, & ne debitores temerè suarum rerum dominium amitterent, sed utrisq; consultum esset, atq; manifestò testatum reliquit, se hac constitutione sua generaliter pignorum distractionibus modum præscribere voluisse. Neq; enim de alia constitutione, quàm de *d. l. fin.* accipi poterunt verba ista, cum non solùm nulla alia extet Justiniani sanctio de pignoribus distrahendis, sed & verba *d. §. 1.* optimè conveniant *d. l. fin.* siquidem ex hoc ipso, quod ibi statuit Imp. ne ante biennium creditor vendere possit pignus, descendit istud, ne temerè rerum suarum dominium amittat debitor: quo se potissimum constitutione suâ respexisse ait Imp. *in d. §. 1.* Ex quo etiam verba *d. §. 1.* de constitutione *d. l. fin.* nemine refragante intelligunt omnes Interpretes ibi. Hæc itaque haud paulò plus movere quem meritò debent, quàm quæ vel ex præfatione vel aliunde pro *opinione* contraria desumi possunt argumenta ac propterea à communi sententia Dd. minimè recedendum est, cum præsertim etiam argumenta illa contraria per se satis sint infirma.

Etsi enim non negamus, constitutioni illi occasionem dedisse id, de quo in præfatione dicitur, & in fine illius L. disponitur, quo etiam respectu inter tit. illum de jure dominii impetrando relata est, hoc tamen non impedit, quo minùs de pignorum distractione in genere constituere *potuerit* aliquid Imperator, cum non rarum sit, ut unius occasione alia etiam constituantur, sicuti ex Novellis, præsertim & aliis constitutionibus Justiniani apparet. Diversitatis autem ratio suprà considerata ad eum quidem casum rectè pertinet, quando ipse creditor dominium pignoris consequi vult. Interim tamen non impedit, quin etiam alia subesse possit ratio, ob quã creditori non concedendum sit, ut intra biennium pignus vendere possit. Cum præsertim illam satis expresserit

Impe-

Imperator *in d.* §. *1.* ne videlicet debitores suarum rerum dominium facilè amitterent. Unde simul apparet, non solùm de mente Imperatoris, quod jus vetus corrigere voluerit, sed & quam ob causam hoc ita constituerit. Ut propterea nos de eo cum Donell. amplius solicitos esse necessè planè non sit.

13 Sunt etiam † qui constitutionem *d. l. fin.* ad fœneratores tantùm restringunt, existimantes, illi locum non esse in creditore gratis mutuò dante sub pignore, *Angel. in l. debitoribus de re judic. quem refert, Joan. de Plat. in d.* §. *1. Inst. quib. alien. lic.* Sed hanc quoq; opinionem ex verbis *d.* §. *1.* admodum generalibus, post *Joan. de Imol.* rectè improbat *Rimin. jun. ibi, in fin.* (b) Est tamen circa *d. l. fin.* observandum, quod Imper. illam disertis verbis restringit, ut locum dũtaxat habeat eo in casu, quãdo de venditione pignoris † nihil conventum, secus quando de ea expresse actum fuit: tum enim id de quo fuit conventum, absq; solennitate illius legis observandum statuit. Ex quo, ut etiam suprà diximus, communiter traditum est, etiam quando generaliter vendendi pignoris facultas pacto est permissa, locum non esse dispositioni, *d. l. fin. Paul. de Castr. in d. l. si convenerit. refert. Negusant de pign. 1. memb. 6. part. princ. num. 1.* (b)

14

15 Deinde † pro declaratione *illius l. fin.* advertendum, illam duntaxat procedere in pignore conventionali, non autem in judiciali vel prætorio. Nam judiciale pignus post duorum mensium spacium vendi potest, *l. debitoribus de re jud.* (c) à die captionis *secundum gl.* & *Dd. in l. à divo Pio. de re judic.* (d) (c) (d)

In prætorio verò tempus, quo vendi potest, est arbitrarium, *gloss. in l. cum proponas. C. de bon. autor. jud. possident. in d. l. debitorib. ita text. in d. l. fin. declarant Bald. & Dd. ibi Joan. de Plat. Aretin. & Dd in d.* §. *1. Instit quib. alien. lic. vel non & ibi etiam Rimin. jun. num. 161. in antiq. Negusant. de pign. membr. 1. part. 6. n. 7. & seqq.* Quinimò etiam in conventionali pignore aliter locum non habet, quàm si quis propria autoritate istud vendit, vel dominium ejus prætermisso juris ordine impetrare vult; At quando † quis judicis autoritate interveniente secundum juris ordinẽ istud vendi & sibi in solutum dari curat, tùm potiùs observanda sunt ea, quæ in judiciali & prætorio usurpari solent, ut sensit (e) *Bald. in l. ordo. num. 2. C. de execut. rei judic. & in auth. ei qui in fin. & ibi etiam Salic. circa fin. C. de bon. autor. judic. poss. & in l. 2.* §. *fin. in addit. si ex noxali causa.* ubi inde ait, fatuum videri creditorem, qui recurrit ad illam legem. Nam melius esset sibi expedire judiciario tramite, quàm gratiam implorare, & sequitur *Angel. in d. l. fin. Imol. in l. si finita.* §. *postea autem. de damn. infect.* Et hanc opinionem communiorem & veriorem esse, multis firmat *in* §. *Julianus. d. l. si finita. & ibi etiam Bologn. num. 111.* Quod etiam ab ea in judicando & consulendo recedendum non sit, *post Salic. quem refert, ait Alex. cons. 11. vol. 5. & secutus est Dec. in cons. 592. & cons. 588. n. 2.* similiter eam veriorem & communiorem esse asserens. Nihil igitur refert, quod *Bart. in d.* §. *Julianus num. 54. d. l. fin.* quod ad recuperandi facultatem attinet, etiam ad judiciale pignus extendit, quem sequitur *Angel. in d. auth. ei qui. Abb. cons. 69. circa fin. vol. 1. & multis defendit Michaël. Urcurrus in d.* §. *Julianus num. 258.* cum, ut dictum est, prior sententia crebriori Interpretum calculo approbata sit. 16 (e)

Deniq; † sciendum pignus judiciale dici omne id, quod capitur vigore Instrumenti habentis paratam executionem, (f) *ut docet Bart. in l. si & jure. num. 3. qui potior. in pign. & in l. cum unus in pr. de bon. autor. poss. quem sequitur etiam Zasius ibi, & sensit Bald. in l. consentaneum n. 35. C. quomodo & quando jud.* licet in alio reprobet *Bart. & post eum Alex. in l. à divo Pio.* §. *si super rebus. n. 22. in fin. de re judic. & Negusant. de pignor. in 3. membr. 3. part. princ. n. 4.* 17 (f)

Quare

Quare cum apud nos etiam instrumenta vigore ordinationis provinciæ paratam executionem habeant, ideò nullus vel saltem exiguus est usus, *d. l. fin.* cum ut dictum est, ad judicialia pignora non pertineat: Ideoq; etiam solennitatem illius L. in pignorib. distrahendis nunquam observatam fuisse memini, sed pignora vigore instrumentorum capta distrahi plerunque solent, juxta modum executionis Constitutionibus Electoralibus præscriptum.

ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

IDem *Bart. in* §. *Julianus n. 54. l. si finita de damn. infect. Angel. in Auth. ei C. de bon. auctor. jud. pos. Abb. cons. 69. circ. fin. vol. 1.* eamq; sententiam tanquam veriorem novissimè defendit *Michael Urcurrus in repet. d.* §. *Julian. nu. 288.*

(*b*) Et communiter rejectam post alios quos allegat testatur *Vincent. Carot. de excus. bon. part. 2. quæst. 7. n. 17. 14.*

(*c*) In hoc tamen subhastationem requirit *text. in l. fin. C. si ex causa judic. & in l. ordo. C. de execut. rei judic.* ubi not. *Salicet.* pignora ex causa judicati capta, non posse in solutum dari, nisi prius subhastentur. Et hanc solennitatem subhastationis non esse levem tradit *Bald. ibi post glos. per text. in auth. de fidejussor. in pr. & not. Bart. in l. 1. C. de fid. instr. & jur. hast. lib. 10.*

(*d*) Communem pronunciat multos allegans *Cavallos. com. opin. quæst. 633. num. 3.*

(*e*) Unde *Ant. Fabr. errore pragmat. 5. in fin. decad. 1.*

(*f*) *Anton. Fab. d. dec. 1. error. 6. vers. itaq; in causa judicat.*

QUÆSTIO XIX.
CREDITOR NON LEGITIME PIGNUS VENDENS, QUID JURIS IN emtorem transferat: & quatenus ambo & quibus actionibus debitori teneantur: quomodo de pignore illegitimè vendito sed præscripto agatur.

SUMMARIA.

1. *Creditor illegitimè pignus vendens dominium non transfert. usucapiendi tamen causam præstat nu. 2. & tunc ad pretium tenetur, quod qua actione petatur ibid. An hæredi competat. num. 12.*
3. *Actio negociorum gestorum subsidiaria est ubi alia deficiunt.*
4. *Pignoratitia rem persequitur non pretium, etiamsi creditor restituendi potestatem non habeat. Declaratur n. 7.*
6. *Pignoratitiæ actioni nullo unquam tempore præscribitur.*
8. *Creditor primus quam actionem habeat contra*

contra secundem creditorum qui pignus distraxit, idq; usucaptum est.
9. *Pretium quod debitor ex re sua illegitimè vendita & usucapta à creditore petit, an de vero, an de eo quod creditor percepit, intelligatur.*
10. *Interesse ratio in actionibus rei persecutoriis qualis habeatur, quando dolo aut culpa sua reus desiit possidere.*
11. *Culpa commissa respectu unius, non consideratur respectu alterius.*
12. *L. 2. C. si vendit pign. agat. declaratur contra Cujac.*
13. *Creditor jus tantùm pignoris sui vendens nec dominium transfert, nec usucapiendi conditionem præstat.*
14. *Creditor in dubio præsumitur pignus vendere ut Dominus, non ut creditor.*
15. *Pignore ante 100. annos obligato, sed divendito, quomodo hæredibus pignorantis consultum esse possit.*
16. *Consortes plures uno libello convenire possunt, etsi solutio unius alterum liberet.*
17. *Actio realis contra possessorem rei & personalis contra eum, qui distraxit simul intendi potest.*
18. *Libellus alternativus propter incertitudinem ex facto rei provenientem admittitur.*
19. *Res aut æstimatio ejus simul eodem libello peti potest.*

QUod de creditore pignoris dominium per venditionem transferente in præcedente quæstione dictum fuit, id tum demum locum rectè invenit, quando vendendi jus & facultatem habuit: At quando nullo jure vendidit, ut si ante moram debitoris vel lege contractus reluctante venditionem suscepisset, tantum † abest, ut domi-
1 nium rei transferat, ut debitor hac venditione non obstante rem suam à possessore vendicare possit, *l. si priusquam. C. de distract. pignor. l. 2. C. si vendit. pign. agat l. emptor. de rei vendic.* nisi illa usucapta † fuerit ab emtore: nam
2 tum precium tantùm ejus à creditore petere poterit debitor, *d. l. 2.* Inde quæri solet, qua actione hoc casu precium istud petendum sit.

Accursius quidē *in d. l. 2.* existimavit actione negociorum gestorum ad precium agendum esse in subsidium, ad exemplum ejus, quod habetur *in l. mater. C. de rei vindic. & in l. 1. C. de reb. alien.* ubi si rem alienam venditam emptor usuceperit, dominus rei actione negociorum gestorum repetere potest precium à venditore. Innuit ergò Accurs. sicut in LL: citatis, nulla alia superest actio, ita & in proposito aliam non competere, & propterea ad negociorum gestorum actionem
3 necessariò deveniendum esse:

Quippe † cum negociorum gestorum actio subsidiaria tantùm sit, & ubi nulla alia subsit, competere soleat, §. *1. instit. de obligat. quæ ex q. contr. & ibi Azo in summ. tit. Bald. in l. mater. num. 13. & Accurs. communiter sequuntur Interpp. in d. l. 2. materiam. d. l. mater huc accommodantes.* Videnturque moti potissimum eo, quod Imp. *in d. l. 2.* precium jubet petere. Nam pignoratitia, quæ debitori competit ad rem potiùs quàm ad precium dari solet, §. *fin. Instit. quib. mod. at. re contrah. oblig. l. debitor. §. fin. de pign. actio. l. pignoris. C. eod. tit.*

Et quamvis † in casu, ubi creditor pignoris restituendi facultatem non habet, is pignoratitia conventus quanti debitoris interest, præstare teneatur, *l. si creditor. C. de pignor. actio. l. 1. C. si vendit. pign. agat.* id tamen potiùs in condemnatione quàm in petitione esse censetur, ut propterea ipsum precium actione pignoratitia non videatur, peti, posse, *l. si servum. §. fin. de verbor. oblig. not. Dd. in l. stipulationes non dividuntur. & ibi Bart. in quæst. eod. tit. Afflict. decis. Neapolit. 347. num. 3 Marant. de ordin. judic. part. 4. dist. 3. princ. num. 34.* 4

Cum igitur Imperator precium peti jubeat, ad istud verò pignoratitia principaliter non detur, neq; etiam ulla alia competat actio, putarunt inde Interpp. negociorum gestorum agendum esse, ut in casu *d. l. Mater.* Idq; sensit *Cyn. dum gl. ibi,* quatenus voluit

etiam ante usucapionem precium in casu illius l. peti posse reprehendens dicit: Gloss. somniavit in Parnasso, quia precium non potest petere debitor à creditore nisi demum re usucapta *d. l. mater.* sed rem ipsam contra creditorem semper poterit petere per actionem pignoratitiam. His enim verbis precii petionem à rei petitone distinguit, innuens pignoratitia non precium, sed rem tantum peti, & propterea etiam ad casum *d. l. 2.* non accommodari posse. Et eum sequitur Alber, & etiam Fulgos. quoad hoc tantum, ut pignoratia hoc casu non competat, licet interim cum gloss. existimet etiam ante usucapionem peti posse precium negociorum gestorum actione, *ut in d. l. mater.* Facit huc, quod in simili tradit gloss. *in l. 1. de distract. pign.* de secundo creditore vendēte pignus quod primus creditor precium ab eo repetere possit actione negociorum gestorum ad exemplum *d. l. mater.* Nam & illa eodem modo illius l. materiam ad pignoris distractionem accommodat, & eam sequitur *Bart. in d. l. mater. n 12. & in l. fin. §. & si præfatam. n 4. C. de jur. delib.* Licet autem hæc ita recepta sint: si tamen recto judicio quis rem perpenderit, facilè deprehendet, materiam *d. l. mater*,
5 † cum proposito nostro nihil planè habere commune, loquitur n. text. ille de ejusmodi specie, ubi dominus rei repetere vult rem suam venditam & usucaptam. Quo casu cum ei nulla alia competat actio, quàm rei vendicatio à jure dominii dependens, hæc verò dominio per usucapionem extincto sublata sit, utique Dominus rei omni alia destitutus actione, necesse habet, ut ad subsidiarium negociorum gestorum actionem recurrat. Locum itaq; tantum habet decisio illius text. in iis casibus, in quibus præter actionem ex jure usucapione sublato dependentem nulla alia competit: ut in omnibus actionib. realib contingere solet.

Quando verò ex contractu præcedente peti aliquid potest actione personali, cum quia pro petenda re ab alio usucapta, nihilominùs actio ex contractu descendens superesse potest contra eum, cum quo fuit contractum, necesse sanè non est, ut quis confugiat ad subsidiariam negociorum gestorum actionem, quinimò hæc ne competere quidem poterit, cum ut dictum est, illa nunquam dari soleat, ubi alia subest actio, & quod porrò sequitur, locus esse non poterit, *d. l. mater.* Hoc obscurè, clariùs tamen quàm cæteri docuit *Bald. in d. l. mater. n. 13.* ubi demum (inquit) quæro quis non vendidit rem meam, sed mihi debitā, numquid in subsidium habendo ratum agam ad precium. Ista quæstio non procedit in re præscripta, quia adhuc superest actio personalis, sed procedit in re perempta. Dicunt ergo Dd. quod per rei interitum debitor liberatur, ideò non potest precium peti, *l. venditor. ex hæreditate §. si ergò. de hæred. vendit.* nisi præcessisset mora debitoris: nam tunc agendum esset actione primitiva personali, quæ non est extincta per interitum: non a. succederet nova obligatio negociorum gestorum, quia prima actio ordinaria excludit hanc subsidiariam Hæc Bald. quib. tria potissimum tradit: Primò, quod licet re mea vendita & perempta negociorum gestorum actione precium petere possim à venditore, juxta *d. l. mater.* Aliter tamen sese habeat, quando res non mea, sed mihi debita vendita & perempta fuerit. Nam etsi hoc etiam casu nulla amplius supersit actio creditori, & tunc ad negociorum gestorum actionem deveniendum esse videatur: tamen cum interitu rei prorsus liberetur debitor & propterea neq; etiam precium ejus peti possit, negociorum gestorum actione opus non erit, idq; planè probatur in *d. l. venditor. & ibi not. Bart.*

Deinde hoc declarat Bald. ut procedat tantummodò re ante moram

debitoris

debitoris perempta, quando vero post moram perimitur, tunc non liberatur debitor, sed precium rei ab eo peti potest, quia tamen ad id consequendum ei competit actio personalis ex contractu descendens, ideo neque hoc casu necesse est, ut negociorū gestorum actione utatur: cum hæc subsidiaria tantùm sit, & ubi ordinaria subest actio, locum habere non soleat.

Tertiò ait Bald. de hoc, ne quidem esse quærendam, re præscripta vel usucapta. quid ita? quia hoc casu non ut in præcedenti, quando videlicet res perempta est, nulla amplius actio superest creditori, ut propterea dubitari possit, utrum ad subsidiariam negociorum gestorum actionem recurrendum sit, sed (ut subjungit Bald.) habet adhuc actionem personalem ex contractu descendentem, qua precium rei petat. Ex his igitur ita declaratis manifestum est, eum actiones personales à realibus distinguere atq; hinc concludere, materiam *d.l.mater*, ad eum casum, ubi actione personali aliquid peti potest, minimè accommodandam, sed dum re vel præscripta vel post moram perempta adhuc superesse personalem actionem, qua precium rei peti possit, ut propterea necesse non sit, ad subsidiariam negociorum gestorum actionem confugere. Idem obscurius sensit Salic. *in d.l.mater.num.16.* dum respondendo *ad l.si possess.§.fin.de petit. hæred.* ait text illum eo de casu loqui, quando quis convenitur actione primitiva & ordinaria, modò ut ista ad propositum nostrum accommodemus, quamvis debitor rei oppignoratæ dominus maneat, *l.pignus. C. de pign. act.* & propterea ad repetendum pignus rei vendicationem habeat, *l.nec creditores. C.de pign. act.l.si cum venderet. eod. tit.* quæ tamen præscriptione elisa est, atq; hujus actionis respectu quæri aliquo modo possit, utrum huc referēda sit materia *d.l.mater*

Dubium tamen non est, quin eidem etiam ex contractu præcedenti pignoratitia actio personalis competat, qua pignus repetat, *§.fin. Instit. quibus mod. re contrah.oblig.l. debitor.§fin.l. si pignori.§.si prædo. de pignor. act. l. fin.C. de distract. pignor.* Qantumvis ergo pignus venditum ab emptore usucaptum, atq; hoc ipso rei vendicatio à dominio dependens, sublata fuerit, salva tamen nihilominùs adhuc manet actio personalis pignoratitia, cum illa sit perpetua, neq; ab ea debitor † ullius temporis præscriptione liberari possit, 6
mala ejus fide impediente, ut post alios multis probat *Henning. cons. ultimo Cacher.decis.Pedem.115.*

Idque in Camera Imperiali receptum esse attestatur *Mynsing.observ. 24. & 29.cent. 4.* Neq; inconveniens esse, ut reali actione sublata personalis nihilominus remaneat, probatur *in l.pignus.C.de pignor. act.* Et in specie, quod re usucapta nihilominùs personalis actio, qua illa peti poterat, supersit, tanquam indubitatam asserit *Bald.in d. l. mater.n. 13.* Consectarium igitur modis omnibus est, cum hîc supersit adhuc personalis actio pignoratitia, materiam d. *l.mater.* & quæ ibi de precio rei usucaptæ per negociorum gestorum actionem repetendo tradunt Dd. huc planè non pertinere.

Tum propter rationem suprà consideratam, Tum propter doctrinam Baldi paulò antè à nobis declaratam. Idque in his terminis antè *Bald.* perspicuè docuit *Jacob.Butrig. in d l.2. C.si vendit.pign.agat.* Quærit enim cum gloss. qua actione agendum sit ad precium, re usucapta, & respondet, Dic, ut in glos. & secunda opinio mihi placet, licet ultromontani teneant primam scil. quod in subsidium agatur demùm ad precium: deinde subjungit: Tu dic, quod aut ex contractu meo res pervenit ad eum, qui distraxit, & tunc tenetur mihi ex contractu & non in subsidium, ut hic in pignore & in socio, qui contraxit mecum.

Si fine contractu meo pervenit ad eum, tunc in universalib. agitur ad precium demum in subsidium, *ut in l si mater. suprà de rei vendicat. & l si eum. si cert. pet.* Ecce his verbis Butrig. dilucidè tradit, pignore usucapto non ut in casu *l. si mater*, in subsidium demum, sed actione ex contractu agi posse ad precium, neq; adeò huc pertinere materiam *d. l. si mater.* Unde simul patet, frustrà à Bald. & Fulg. considerari ratihabitionem ad hoc, ut ante vel post usucapionem agatur ad precium, cum non ideò, quia ratam haberet debitor venditionem à creditore celebratam, ut in casu *d l. mater*, sed potiùs ex ipso contractu actio competat ad precium. Minimè itaq; assentiendum est Accursio & Asseclis, quatenus in casu *d. l. 2.* pignore usucapto negociorum gestorum actione agendum esse putant, cum non solùm nullo probabili nitantur fundamento, sed etiam manifestis juris rationibus paulò antè consideratis obloquantur.

Nec† quicquam refert, quod pignoratitia ad ipsam rem potissimùm dari soleat, quoniam istud non impedit, quò minùs re amplius non extante vel usucapta precium rei peti etiam possit. Quippe cum in actionib. ad rem restituendam competentib. qualis est pignoratitia, hoc regulare esse soleat, ut quoties res amplius non extat vel usucapta est, precium peti possit, *ut per l in re furtiva. de condict. furt. docet Bart. in l. stipulationes non dividuntur. n. 33. quæst. 6. de verbor. obligat. quem sequuntur Imol. & Dd. ibi & Paul. de Castr. in d. l. in re furtiva. Cagnol. in l. vinum. n. 30. si cert. pet.* Regula verò suprà in contrarium adducta, qua precium peti non posse traditur, tantùm procedit in obligationibus, non autem in quibus rei restitutio ut in pignoratitia venit, sicuti declarant Interpp. in loc. citatis. Et in specie quod pignoratitia etiam precium pignoris venditi peti possit, probatur *in l. fin. C. de distract. pign. & in l. quamvis. §. fin. ff. eod. tit.* Quin etsi hoc etiam casu non ipsum precium, sed res tantùm peti posset pignoratitia, quia tamen rem petendo quoties illius restituendæ facultatem reus non habet, non solum precium, sed & id quod interest, consequi potest, *l. si rem alienam. §. fin. de pign. act.* In aperto est, negociorum gestorum actionem necessariam non esse, neq; adeò illam tanquam subsidiariam hoc casu locum habere posse. Atque hinc etiam verba Imp. *in d. l. 2.* quibus precium peti jubet ad effectum, quem petens rem consequitur, referenda essent potiùs, quàm ut ea inde colligere liceat, quæ non solùm juris rationi non consentanea, sed & aliena sunt ab ipsa natura actionis, ad quam eum respexisse volunt: Cum præsertim non tàm modum agendi præscribant, quàm quis conveniendus, & quid debitor agens, consequi possit statuant, atq; propterea alterum, quæ actio & quomodo illa intentanda, ex aliis loc. petendum sit. Licet interim verius sit etiam ipsum precium, ut dictum est, pignoratitia peti posse, & secundum hæc verba ista etiam ad ipsum agendi modum commodè atq; ita referri possint, ut nobiscum faciant potiùs, quàm ut quicquam obsint.

Nec † obstat, quod de precio pignoris distracti & usucapti ad exemplum *l. 1. C. de reb. alien. non alien. & d. l. mater.* repetendo tradit *gl. in d. l. 1. de distr. pign.* communiter approbata. Non n. hoc ita generaliter accipiendum de quovis pignore usucapto, sed ad eum tantùm casum, de quo ibi loquitur tex. restringendum est, videl. quando creditor primus agit contra creditorem secundum vendentem pignus. Nam cum hoc casu nullam aliam habeat actionem, quàm realem hypothecariam, hæc v. præscriptione jam sublata sit, eo adigitur, ut ad subsidiariam negociorũ gestorum actionem necessariò confugiendum sit, atq; propterea eadem est hujus casus ratio, quæ *d. l. mater.*

Quan-

Quando verò ut in proposito, adhuc actio personalis ex contractu superest, tum res aliter se habet, quemadmodum jam explicatum fuit. Atque ita intelligenda sunt etiam ea, quæ de creditore vendente pignus *post gl. in d. l. 1.* tradunt *Bart. & Dd. in d. l. mater. & in d. §. & si præfatam.*

9 Ex † his modo, quæ de actione proponenda hactenus firmavimus, judicatu etiam facile est, utrum id, quod de precio petendo rescribit Imp. *in d. l. 2.* de vero precio, an vero percepto tantùm intelligendum sit. Nam etsi istud, siquidem casus iste ad materiam *d. l. mater.* referendus & negociorum gestorum agendum esset, probabili dubitandi ratione non careret, quin etiam controversum admodum esset propterea, quæ scripta reliquerunt *Bart. Salic. & reliqui ibid.* Tamen cum pignoratitia agendum esse constet, extra omnem controversiam positum est, verum precium peti posse. Juris enim est indubitati, in pignoratitia non solùm rem ipsam, sed & id, quod interest debitoris, venire, *d. l. si rem alienam. §. fin. de pignor. act.* Maximè verò, si per creditorem factum fuerit, quò minùs restituere possit is, quanti interest debitoris, præstare tenetur, *l. si creditor. C. eod. tit.* Idq; regulare esse solet in omnibus actionibus, in quibus ad rem restituendam quis tenetur, & quoties per eum factum est, quò minùs possit restituere, quanti adversarii intersit, condemnetur, *l. qui restituere. de rei vindic.* Nam qui suo facto possidere desiit, pro eo habetur, ac si possideret, *l. qui dolo. l. Parem. de regul. jur.*

10 Ejus verò † quod interest, duplex solet iniri ratio. Quandoq; enim vera rei æstimatio præstatur, quod tum contingit, quando absq; dolo rei, sed tamen culpa ejus factum est, quò minùs possideret. Quandoq; verò tantum præstandum, quantum adversarius in litem juraverit, ut probatur *in d. l. qui restituere. de rei vindic.* Et in specie de pignore, quod quò minùs restitui possit, dolo possessoris factum erat, est text. *in l. si fundus. §. in vendicatione. de pignor.* Hoc tamen ultimum eatenus tantùm procedit, quatenus res petita adhuc extat, secus verò quando vel perempta vel usucapta est. Nam tum etsi reus dolo fecerit, quò minùs possideat, verum tamen duntaxat precium sive vera æstimatio præstatur, ut probatur *in l. si possessor. §. fin. de petit. hæred. per quem text. hoc docet gl. communiter approbata. in d. l. qui restituere. verb. condemnandus.* Nam in ejusmodi casibus precium succedit loco ejus quod interest, *ut not. Dd. in l. 1. & ibi post alios Cagnol. n. 81. & seqq. C. de sentent. quæ pro eo quod interest.* Quamvis ergò debitor nullo jure pignus vendens mala fide agere atque ex hoc dolo possidere desiisse censeatur, *l. pen. C. si vend. pignor. agat.* & propterea si res extaret, omne id, quod interest, præstare teneatur: in casu tamen, quo illa vel perempta vel præscripta esset, ad precium tantùm & quidem verum tenebitur, Tum propter jura allegata, tum etiam propter text. *in d. l. 2.* qui de precio tantùm loquitur, ut proinde ex his non solùm manifestum fiat, id quod ibi de precio dicitur, de vero, non autem de percepto tantùm intelligendum, sed hoc etiam evidens sit, istud quod precium tantùm peti potest, à natura actionis pignoratitiæ minimè alienum, sed potiùs consentaneum esse, Quare vel hac de causa minùs admittendum erit, ut relicto ordinario remedio actionem negociorum gestorum subsidiariam contra propriam ejus naturam illi substituamus. Non obstant ea, quæ de precio percepto tantùm tradunt *Bart. Salic. & Dd. in d. l. mater.* Nam materiam illius text. huc planè non pertinere, satis jam firmatum fuit. Sic etiam ad not. *gl in d. l. 1. de distract. pignor.* & quæ post illam tradit *Bart. & Dd. in d. §. etsi præfatam. l. fin. C. de jure deliber.* suprà responsum fuit, illa magis conve-

nire materiæ *d. l. mater.* quam huic proposito nostro, Quod si quis contra objiceret, debitoris negligentia pignus ab emptore usucaptum esse, & propterea ultimam moram meritò nocere ei debere, ne pignoratitia agens verum precium consequi possit, *arg. l. si servum §. sequitur de verbor. obligat. l. per emtorem de action. emt. Afflict. decis. 150. nu. 30.* Huic respondemus, considerationem istam tum demum rectè procedere, siquidem hoc, quod pignus ab emptore usucaptum est, obstaret creditori vendenti, ut propterea pignus minùs posset restituere, sed in aperto est, quod etiamsi pignus usucaptum non esset, creditorem tamen, qui vendidit istud, amplius non repetere ab emtore, neq; debitori pignoratitia agenti restituere posse, & propterea potiùs culpa ipsius, quàm negligentia debitoris factum esse, quòd possidere desierit & restituendi facultatem non habeat.

11 Non igitur negligentia † debitoris non repetentis pignus à possessore se tueri poterit: Tum quia dolus ejus major est nullo jure vendentis, quàm negligentia debitoris, *l. item si obstat. §. fin. l. si putator. ad l. Aquil.* ut in simili respondit *Salic. in d. l. mater. n. 14.* Tum deniq; quia verum nihilominùs est, creditorem illegitimè vendentem dolo desiisse possidere, & quod consequens est, eadem adhuc subest ratio & causa, quæ ut id, quod interest, præstare teneatur efficit.

12 Est etiam † circa *d. l. 2.* advertendum, quod etsi Imp. in primo casu, ubi de vindicando pignore agebatur, non solùm patri, sed & hæredi ejus repetendi facultatem concedit: tamen in secundo, ubi precium petendum dicit, de patre tantùm loquitur, omissâ hæredis mentione. Cujac. enim *lib. 7. obs. cap. 26.* ejus hanc putat esse rationem, quoniam si creditor non jure vendidit pignus, debitori ita demum tenetur, si ratam venditionem habuerit debitor: Antequam autem ratam habeat, actio

non competit debitori, ergò neq; iam in hæredem transmissio, & q consequens est, hoc casu hæres ag non potuit. Idq; colligit ex quadā tentia Pauli in fragmentis reperta, sic habet: Hæredibus debitoris ad sus creditorem, qui pignora vel fid as distraxit, nulla datur actio, nisi ā statore inchoata ad eos transmissa Hæc enim verba de pignore non vendito intelligit, & eorum hunc, modò diximus, sensum esse putat. mihi neutiquam fit verisimile, Imp respexisse, vel etiam hoc ipsum in l ris rationi consentaneum esse. Na etsi ratihabitio in proposito consi randa esset, nulla tamen justa sub causa potest, cur non hæres, perind defunctus ratam habere distractior atque inde actio ei competere po Cum hæres etiam ea, quæ defuncti mine gesta sunt, rata habere possit, *fine. §. si Procuratori. rem rat. haber.* & negociorum gestorum actio, quæ r habitionem præsupponit, hæredi jam regulariter competat, *l. 3. §. hac tem actio de negoc. gest.* præsertim cu aliàs cum jactura debitoris facilè l cupletaretur creditor, quod ut e tetur, etiam in casu, ubi aliàs non co petunt actiones, jura aliquam dare lent, *l. si cum servum. si cert. pet.* Quini satis jam ostensum est, hoc casu ex i contractu inter creditorem & debi rem de pignore celebrato pignorat am competere, & propterea ratiha tionem huc nihil facere: Quomodo gitur quæso ob id, quod defunctus tum non habuit, hæres ab agendi fac tate excludi poterit: vel qua ration ctionem ei in hac facti specie dene bimus: Cum pignoratitia, ut aliæ p sonales actiones, ad hæredes sui na transire soleat, *l. si uxor, C. de pign.* & p pterea dubium non sit, quin si ju venditum sit pignus, de superfluo ctio etiam hæredi competat. Seque tur enim eum, qui nullo jure vendi meliopris esse conditionis illo, qui ju

ven

vendidit. Quod quia omni tàm juris quàm æquitatis rationi adversatur, 21 credibile non est, JCtum Paulum sensisse. Neq; etiam de eo, qualis præterea horum verborum mens sit, admodum laborandum videtur, cum illa inter fragmenta reperta, utrum integra vel mutilata sint, non satis appareat. Multò verò minùs eam mereri fidem & auctoritatem poterunt, ut inde contra certas & indubitatas juris regulas quippiam desumi possit. Si tamen sensus aliquis commodus inde eliciendus esset, putarem verba illa potius ad eum casum referenda esse, quo jure quidem venditum est pignus sed tamen prætermissa denunciatione quæ ad solennitatem venditionis requirebatur, ut in præcedente quæstione dictum est. Nam cum hoc casu creditor ex ipsius debitoris voluntate pignus vendidisse existimetur, debitor qui de venditione ista non fuit conquestus, hoc ipso eam approbasse videtur, & propterea satis æquum non est, hæredem istud, de quo contentus fuit defunctus, refricare. Sed neq; hoc absq; aliarum LL auctoritate ex his solis verbis asserere satis tutum est: Et quicquicquid deniq; senserit ICtus, certum est, Imp. *in d. l. 2.* eò non respexisse, tùm propter ea, quæ jam diximus, tùm quia Imp. de eo tantùm casu, ubi pignus usucaptum fuit, resp. Paulus v. generaliter de pignorum distractione respondet, non habita usucapionis ratione. Quod vero Imperator in posteriore casu, non ut priore hæredis mentionem facit, id inde profectum arbitror, quoniam istud non solùm ex verbis præcedentibus facilè suppleri poterat, sed & Imperatori non satis constabat, an consultor hæres patris sui fuerit, ut apparet ex illis verbis (*si hæreditas ejus ad se pertinet.*) Nam vel hinc existimare potuit, satis esse, si semel istud expressisset. Ut interim omittamus, Imperatores in rescriptis suis verborum non adeò exactam habuisse rationem, ut inde præsertim contra juris regulas validum desumi possit argumentum.

Porrò quæ de pignoris distractione & usucapione dicta fuerunt, illa tum demum procedunt, quando † creditor rem ipsam oppignoratam distraxit: At quando creditor tantùm jus suum pignoris vendit, tum non solùm dominium non transfert, sed nec etiam usucapiendi causam præbet possessori: Quippe cum neq; is neque alius ab eo causam habens, si pignoris jure possideat, ullo unquam tempore præscribat: & propterea etiam debitor rem suam à tertio possessore vindicare, vel si mallet pignoratitia convenire creditorem potest, *l. si cum venderet. in princip. de pignor. act.* 13

In dubio † tamen, quando non satis constat, quomodo venditum sit pignus, intelligitur creditor istud potius vendidisse ut dominus quàm ut creditor, ut docet *Salicet. in l. 1. in fin. C. creditor. evict. pignor non debere. quem sequitur Negusant. de pignor. 6. part. princ. 1. membr. num 41.* 14

Hinc † itaq; cum majores cujusdam castrum aliquod ante annos centum oppignorassent, & creditor istud alteri vendiderat, quia istud tanto temporis spacio possedisset, ut præscribere potuisset, neque tamen satis constaret, an titulo ad præscribendum idoneo in eum translatum esset nec ne: debitoris verò hæres ipsum castrum oppignoratum repetere, quàm præstatione ejus quod interest, contentus esse mallet, & tamen vereretur, ne si possessor præscriptionem probaret, inanibus fatigaretur sumptibus, fuit quæsitum, qua ratione ipsi consultum esse posset? Respondi consultius quidem in ejusmodi casu existimari, ut creditor potius conveniretur pignoratitia tum propter jam dictam præscriptionis exceptionem, qua se fortè contra vendicationem tueri posset tertius possessor, tum quia rei vindicatio dominii probationem ab actore requirit 15

l. in rem. C. de rei vindic. quæ probatio difficilis reputari solet, *l. cum res. & ibi gl. & Dd. C. de probat. Abb. in c. sæpe. in 1. notab. de restit. spoliat.* qua etiam de causa in simili facti specie pignoratitia agendum esse consuluit, *Modest. Pistor. cons. 13. nu. 27. vol. 1.* Si tamen debitor rem ipsam potiùs, quàm id quod interest, consequi mallet, suasi tam possessorem quàm creditorem in eadem instantia simul alternativè tamen & successivè conveniret, ita ut rei vindicatione agens contra possessorem ipsum castrum petat: vel si istud propter exceptiones, quibus se fortè tueretur possessor, consequi non posset, in eum eventum pignoratitia contra creditorem instituta id, quod ejus interest, petat.

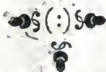
16 Possunt † enim regulariter plures consortes unius facti uno & eodem libello conveniri, etiamsi solutio unius alterum liberet, *ut not. Bartol. & Dd. in l. 3. §. 1. & ibi Ronchegal. num. 47. & sequentib. de duobus reis; Marian. Socin. in cap. 1. n. 143. de libell. oblat.*

17 Et † in specie, quod tertius possessor pignoris reali actione, debitor verò personali simul conveniri possint, probatur *in l. fin. C. de act. & oblig.* neq; refert, quod text. ille hodie est correctus: Nam id contigit propter ordinem jure Authenticorum introductum, secundum quem excutiendus est debitor, priusquam tertius possessor conveniatur. Interim tamen verum nihilominùs manet in casibus, in quibus ordo iste non est præscriptus (sicut in proposito liberum est debitori, utrum ex his velit convenire) cumulationem istam permissam esse.

Non obstat etiam quod JCtus *in l. nec ullam. 12. §. Item si quis dolo de p[...] hæred.* dicit, quoties possessor jud[...]um pati paratus est, evanescere [...] æstimationem adversus eum qui [...] possidere: Nam addit JCtus ibi [...] declarationem, nisi petentis int[...] In proposito verò actoris plurim[...] interesse, ne possessore liti se offe[...]te liberetur creditor, qui desiit p[...]dere, ex eo manifestum est, quo[...] dubitatur adhuc, an res sit præsc[...] atq; possessor proprio jure se defe[...]re possit, Quinimò quando ideò [...]tùm interest petitoris, quia poss[...] non ita facilè conveniri potest, e[...] quod is judicium suscipit, non lib[...] alterum, sensit *Fulgos. ibi & post [...] Mudæus.*

Præsertim verò cumulatio ista [...] facilius admittenda videtur, qu[...] ut in proposito non conjunctim [...] alternativè seu successivè uterq; [...]venitur, ut actor propter incerti[...]nem ex parte reorum provenien[...] facere hoc necesse habeat propter [...]gulam, quâ traditur, Libellum † a[...]nativum admittendum esse pro[...] incertitudinem, quæ ex facto al[...] procedit, *l. 1. § 1. & ibi not. Bart. & [...] quor. legat. gl. in c. Abbate sanè de sen[...] & re judic. in 6. Felin. in cap. cum co[...]gat. n. 9. de offic. deleg. Jas. in §. sed [...] nu. 71. Inst. de action.*

Ex quo † etiam receptum est, ut [...]dem libello res vel æstimatio ejus [...] possit, *ut not. Bart. in l. 2. C. si unus ex p[...]ribus hæred. cred. Jas. in §. Item Servi[...] n. 128. Inst. de action. cum aliis in hanc [...]tentiam adductis à Marian. Socin. in c. si[...]ficantibus n. 22. vers. quartò infertur. [...] libell. oblat. & D. Gail. observ. 62. num[...] & 5. lib. 2.*



QU[...]

QUÆSTIO XX.

SOLUTUM UNI CREDITORI QUATENUS AB ALIIS POTIUS JUS habentibus revocari possit.

SUMMARIA.

1. *Creditori Chirographario vigilare licet ad suum consequendum: nec quod solutum est cæteris Chirographariis contribuere cogitur. Ampl. quamvis cæteri probabilem cessationis causam habuerint contra Angel. & Menoch. num. 5.*
   Limit: dummodò tempore solutionis bona debitoris non possideantur num. 2. aut gratificatio debitoris nulla intervenerit. num. 3. quod quomodo fiat, declaratur ibid. quid in individuis num. 4. aut violenter à debitore non extorserit creditor. num. 6. nisi debitor esset fugitivus. num. 7.
   Fal. generaliter in sociis qui semper tenentur contribuere. num. 8. & quid in cohæredibus, num. 9.
   Fall. in actione tributoria. n. 10.
9. *L. item Labeo. 22. fam. herc examinatur.*
11. *Creditor privilegiatus revocare potest id quod solutum est Chirographario: ex communi. contra Fulgos. Cuman. & Connan. latè & exactè defenditur.*
   Ampl. quamvis Chirographarius pecuniam consumserit contra Covar. numero. 12.
   Ampl. secundo sive pecunia sive genus aut species soluta & consumta sit. n. 14. sive bona sive mala fide consumtum fuerit, n. 15. sive Chirographarius ex causa lucrativa creditor sit sive ex onerosa n. 16. sive privilegiarius hypothecam hbaeat sive non u. 17. sive debitor jussu judicis sive spontè solverit n. 18. declaratur hæc conclusio num. 29.
13. *L. si filiusfamiliàs si cert. pet. intellectus ne pugnet cum l. sed etsi paterfam. §. 1. ad Macedon. item §. servum l. cum fundus eo. tit.*
19. *Creditor potest revocare rem sibi hypothecatam à secundo creditore cui fuit soluta, sive bona sive mala fide consumsit secundus creditor, latiss. disputatur num. 20. cum seqq. declaratur num. 25. & 26.*
21. *L. fin. §. etsi præfatam vers. sin verò hæredes C. de jur. delib. declaratur.*
22. *Jura realia potentiora sunt quàm personalia & ea quæ facto nostro nobis quæruntur. declaratur hæc conclusio num. 29. quæ à lege tribuuntur.*
23. *Sententiæ illi adhærendum quæ melioribus & potioribus nititur rationibus utcunq; ea multos & magnos contradictores habeat.*
24. *In judiciis sæpè erratur, quia non semper datur plenius deliberandi spacium.*
25. *Opinio Dd. qui rationes examinant, prævalet simpliciter & absolutè loquentibus, ideoq; ea quæ in repetitionibus aut tractatibus ponuntur, præferenda illis quæ in consiliis scripta sunt.*
27. *Hypotheca bonorum generalis comprehendit res venales, distractæ tamen antè executionem non revocantur. ibid.*
28. *Pecunia venit in generali hypotheca bonorum, potest tamen interim alienari.*

NOn minùs controversi juris quàm quotidiana est quæstio an si uni creditorum solverit debitor, hoc solvendo non existente, creditor id, quod accepit, cum aliis pari jure nitentibus communicare, vel etiam iis, qui potiora habent jura, id repetentibus teneatur restituere. Ut igitur frequentissimi hujus articuli veritas in mundo nobis sit, de eo diligentius aliquantò dispiciamus, & cum creditorum alii jure censeantur æquali, quos Chirographarios vocant, alii certis quibusdam privilegiis cæteris sint potetiores, alii deniq; hypotheca vel expressa vel tacita cautum sit, atq; hoc diversum eorum jus, diversam etiam inspectionis causam præbeat, de singulis separatim videbimus.

1 Ad creditores † æquo jure nitentes & Chyrographarios quod attinet, hoc quidem expeditum est, potiorem plerumq; esse causam vigilantis & occupantis, atq; propterea id, quod ei solutum est, in portionem minimè vocandum, neq; aliis communicandum, etsi eo tempore, quo debitor jam solvendo non erat, idq; sciens receperit, *ut respondit Ulpianus in l. qui autem. §. sciendum. quæ in fraud. credit. l. ubi fidejussor. de solut. l. si non expedierit. §. si pupillus. de bon. auct. jud. pos. Jas. in l. inter eos num. 2. de re judic.* (a)

(a) Neque refert, utrum à debitore sponte solvente acceperit, an verò justè exegerit, ut ait Scævola *in l. pupillus. quæ in fraud. credit. ejus hanc addens rationem,* quia jus civile vigilantibus scriptum est. Licet enim creditori vigilare ad suum consequendum, ut inquit idem *Ulpianus in l. summa cum ratione de peculio.* (b)

(b)

2 Declaratur tamen hæc † doctrina, primò ut locum duntaxat habeat, antequam bona debitoris possideantur

(c) (c) Nam qui post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exæquandumq; cæteris creditoribus scripsisse Julianum, refert *Ulpian. in d. §. sciendum.* Neq; enim ait, debuit præripere cæteris post bona possessa, cum jam conditio omnium creditorum par facta esset; quorum verborum, quia hunc esse sensum existimat *Angel. in d. l. pupillus.* quoniam per missionem in bonorum possessionem omnibus creditoribus ex æquo consultum, atq; adeò omnibus pignus prætorium quæsitá censeatur, quod ipsis auferri nequit. Cumanus hanc rationem eo impugnat, quoniam si pignus quæsitum respexerimus, potior videtur esse conditio possidentis, *l. 1. de Salvian. interd.* & tandem respondet, aliud esse in pignore conventionali, aliud verò in prætorio, nullam interim diversitatis afferens rationem. Quare dicti hujus ratio est non tàm in

pignoris jure quæsito, quàm i
quod illa ipsa bonorum poss
Prætore etiam ad unius credito
stantiam permissa ad omnes cr
res æquo jure pertinet ad eum f
ut omnibus ex bonis debitoris v
tis pariter satisfieri debeat, hoc
rum jus ab altero eorum, ut dein
tervertatur, æquum non est. F
etiam id, quod *in d. l. pupillus.* de
tore dicitur, qui cum in eo esse
na ejus ut venirent, solvit, non
accipiendum est, cujus bona jar
sessa venirent: quemadmodum
venundatio in actum deducta, r
riter bonorum possessionem t
necessarium antecedens ponere,
inde alterum pro altero usurpari
ut apparet *ex tit. de bon. auct. jud.*
seu venundandis. sed intelligendu
tiùs de eo, cui, quia solvendo no
propè instabat, ut bona ejus p
rentur ac venirent, quemadmo
post Accursium ibi interpretant
idq; denotat ipsa proprietas lo
nis, cum in eo esset, qua non tà
quod in actum jam est deductum
quod prope instat, & cujus rei c
tionem quis jam suscepit, design
ut apparet *ex l. cum in eo esset. de pa*
l. liberis etiam hominibus. §. sunt & a
liberal. caus.

Secundum quæ ex verbis istis
solùm nihil, quod huic declar
adversatur, desumi poterit, sed &
magis inde explanabitur, videlic
hoc, ut propter bona possessa cre
ri solvere non liceat, non sufficer
eo in statu esse, ut propter inopia
bitoris brevi possidenda sint, &
cogitationem quis jam susceperit
requiri, ut jam possessa sint, id
Jurisconsultus etiam *in d. §. scien*
his verbis innuere voluisse vid
etsi sciens debitorem solvendo
esse receperit. (d)

Secundò † conclusioni nostræ
non est, quando creditor per grat
tionem debitoris accepit debit

Nam cum etsi id ante bona possessa factum fuerit, in portionem vocandus erit, ut probatur *in d. l. pupillus. & in l. si non expedierit. §. 1. de bon. auctor. jud. poss.* ubi etiam Paulus declarat, tum gratificatum videri creditori, quoties utroq; instante uni ex his solvit debitor. Quod si, inquit, utroq; instante tibi gratificatus tutor solverit. Idq; ex his verbis uno ore colligunt Interpretes *in d. l. pupillus. (e)* Ejusque hanc tradit rationem Angel. Nam gratificando videtur dolum committere & participare cum illo, cui solvit. Solus Cumanus contrà nititur hoc argumento: quoniam ad hoc, ut gestum per debitorem retractetur, tria requiruntur, scilicet fraus ipsius debitoris, & illius, cum quo negocium geritur, & quod fraus habuerit effectum, *ut l. ait Prator. §. 1. & l. si quis eum haberet, qua in fraud. credit.*

Sed quando debitor etiam per gratificationem solvit uni ex creditorib. totum debitum, non videtur fraudem gere, cum creditor totum petierit, neq; cogatur accipere partem, *l. tutor. Lucius de usur.* atq; adeò debitor cum totum debuerit solvere, idq; ob inopiam facere non potuerit, unum ex creditoribus sine fraude eligere potuit, *l. 3. si cum omnes. ad Syllan. l. fin de releg. l. si quis servum. §. si inter. de legat. 1.*

Sic nec creditor videtur fraudem participasse, cum suum consequatur. tem nulla fuit fraus commissa circa ipsam solutionem, sed demum per casum postea contingentem, Quare, cum in proposito omnia illa, quæ locum faciunt repetitioni, cessent, conseq. esse videtur, solutionem hanc etiã per gratificationem factam, repeti non posse: atqui argumentum istud parum urget. Nam etsi creditor, quoties debitor solvendo est, totum possit petere debitum, neque parte ejus contentus esse teneatur; res tamen aliter sese habet, quando debitore non solvendo existente cum eo alius concurrit creditor, etiam suum debitum petens. Hoc enim casu longè tùm justius tùm æquus est, ut quilibet partem ferat potiùs quàm ut alter totum consequendo, alteri æquo jure nitenti & pariter vigilanti portionem suam præripiat. Cessat enim hoc loco non solùm ratio, quæ creditorem debitum recipientem à fraude excusare solet, quia nimirum cæteris negligentibus vigilavit, *d. l. pupillus. & d. l. summa cum ratione.* Sed & eadem suadet duobus simul vigilantibus æqualiter etiam consulendum esse, ut ita omnis fraudis expers non censeatur, qui totum percipiendo alteri jus eadem vigilantia quæsitum intervertit. Sic nec debitor fraude caret, dum contra hanc ipsam juris & æquitatis rationem eam sibi potestatem & arbitrium sumit, ut ex duobus, quos juris manifesta dispositio exæquavit, alterum tantùm eligat, & ex hoc etiam ipsa solutio fraudulenter facta intelligitur.

Meritò itaque à JCtis responsum est per gratificationem solutum revocari posse. Et licet Cuman. (loquitur enim subobscurè) ad removendam fraudis suspicionem in ea facti specie, de qua loquitur, videatur ponere, quasi tempore solutionis debitor solvendo fuerit, atq; inde id, quod de gratificatione dicitur, ad eum casum restringere, quando debitor tum non erat solvendo: Tamen cum alter creditor eandem, quam is, qui debitum recipit, præstiterit diligentiam, & æquo prorsus cum illo jure nitatur: iniquum certè esset, si ob moras, quas debitor nectit, minus illo consequi deberet.

Nam quocunque tandem casu istud evenerit, debitor tamen, qui gratificando alteri illum prætulit, & hunc tantisper detinuit, donec facultatibus lapsus solvere non possit, culpæ & fraudis expers censeri nequit, quam huic damnosam esse, juris rationi minimè consentaneum est.

Sive

Sive igitur solutionis tempore solvendo fuerit sive non debitor, semper tamen id, quod per gratificationem uni creditorum solutum est, alter, qui rebus debitoris factis deterioribus debitum non potest consequi, ad portionem revocare poterit. Idq; etiam sensisse Dd. animadvertit Cuman. dum postquam dixerat, gratificationi cum dnmum locum non esse, quando bona debitoris non erant solvendo, subjungit, Dd. tamen transeunt cum gl. & aliter intelligunt. Quod pro ampliatione hujus secundæ declarationis notatu dignum.

4 Limitat† tamen eam *Angel. in d. l. pupillus.* ut non obtineat in individuis, in his etiam gratificationi locum esse, & alteri ex duobus creditoribus simul petentibus ea, quæ divisionem non recipiunt, debitorem solvere posse, existimat, *arg. l. 3. §. si cum omnes ad Syllan. & l. fin. de relig. & sumt. fun. l. si quis servum. §. si inter. de legat. 2.* Idq; secutus est et(f) iam Cumanus (*f*) sed etsi in individuis gratificationi locus, quandoq; esse soleat, erit tamen cogitandum, an non ob jam dictam rationem is, qui electione ista fuit defraudatus, æstimationem ejus, quod propter ea minus accepit, pro rata portione consequi possit à creditore, qui recepit solidum, *arg. d. l. fin. de relig. & sumpt. fun.* & ejus, quod de Vasallo duobus dominis ad servitia devincto tradit Igneus *in d. l. 3. §. si cum omnes ad Syllan.*

5 Tertiò† regulam nostram generaliter limitat Ang. ut tum demum procedat, quando cæteri creditores fuerunt negligentes in petendo, secus verò si his nulla possit imputari negligentia, puta quia latens erat diminutio patrimonii debitoris, nec credebatur in mora exactionis esse periculum. Nam tum existimat ille id, quod alteri solutum est, communicandum esse, motus tum quia præcipitem festinationem præmio dignam non esse alibi, respondet JCtus *in l. edicto. §. cum ante. de jur. fisc.* Neq; enim, ut dicitur, creditor cum sacco paratus venire debet, *l. si servus. de pign. act. l. promissor. de constit. pecun.* & hanc sententiam secutus est noviss. *Menoch. cons. 46.* (*g*)

Verùm eam tanquam destitutam fundamento rectè improbat Cuman. Nam cum creditori petenti debitum necesse habeat solvere debitor, ille verò suum duntaxat recipiat, nihil est quod alteri eorum, jure imputari possit, sed potiùs suæ cessationi expensum ferre debet alter, cur non & ipse vigilaverit. Idq; sensit etiam Jacob de Aren. *in d. l. pupillus.* dum distingvendo concludit, quod etsi alteri negligentia imputari non possit, is tamen solutum alteri revocare non queat.

Quinimò hæc opinio Angel. directè adversatur verbis *l. fin. C. depositi.* ubi Imp. Justinian. hæc duo æquiparat, utrum alter supersederit, vel alias impeditus hoc facere non potuerit, & per illum text. hoc sensit *Bald. & Salic. ibi.*

Et refutatur præterea hac etiam ratione, quoniam etsi hujus cessationis probabilem causam habuerit, verum tamen nihilominus est, alterum plus eò vigilasse, atq; hoc ipso meliorem suam conditionem fecisse: quod cum leges ei permittant, *d. l. summa cum ratione. & d. l. pupillus.* iniquum sanè esset, eum non impunè hoc facere, ut ait JCtus *in d. l. qui autem. §. apud Labeonem.* vel id quod sua vigilantia jure sibi jam quæsierat, alterum ipsi invito auferre, *arg. l. id quod nostrum. de reg. jur.* Regulariter enim edictum fraudatorium ad eos creditores non pertinet, qui suum receperunt, *d. §. apud Labeonem.* nisi vel gratificatio vel aliud debitoris factum accesserit, quod hujus fraudem arguat, cujus certè insimulari non potuit is, qui creditori urgenti solvere voluit potius, quàm non appellanti quacunque demum ex causa is cessaverit, siquidem ad fraudem debitoris deprehendendam, quæ revocationi potissimùm facit locum, non tàm ad animum

mum

mum creditoris cessantis, vel ad causas, quæ ipsum fortè moverint, quàm ad voluntatem debitoris respiciendum. Cumq; ratio ista pertineat etiam ad debitorem, qui solutionis tempore solvendo non fuit, itaq; opinio Angeli non solùm tum admittenda non erit, quando à debitore solvendo existente creditor vigilans recepit debitum, quo de casu loquitur Cuman. sed nè tùm quidem, quando solutionis tempore facultates debitoris utrique creditori non suffecissent, ut probatur etiam *ex d.* §. *sciendum.* ibi quamvis sciens solvendo non esse recipiat. Neque obstat, quod JCtus *in d. l. pupillus*, negligentiam alterius considerat. Nam etsi creditor, qui justam cessationis causam habuit, si personam duntaxat ejus consideravimus, negligens esse dici nequeat: tamen respectu alterius creditoris, qui magis vigilans debitum exegit, negligentior rectè appellabitur, cum præsertim hanc negligentiam, quacunq; demum specie velatam initio, exitus deinde patefecerit. Præterea cum alia jura vigilantiam duntaxat alterius creditoris considerent, nihil morantes interim cessationis causam, quæ alterum fortè moverit, siquidem hæc nihil habet commune cum fraudulento debitoris proposito, quod unicum revocationi locum facit. Certè contra ex his verbis à contrario sensu nihil licebit inferre, sicut nec ex eo, quod jn verbis sequentibus & *in d. l. fin. C. depositi.* de rebus debitoris post solutionem deterioribus factis dicitur, colligi potest, id quod solutum est, repeti posse, quando exactionis tempore solvendo non fuit debitor, *contra d.* §. *sciendum.* per ea, quæ de argumentis à contrario sensu tradunt Dd. *in l. 1. de offic, ejus. cui mand. est jur. & in l. conventicula. C. de Episc. & Cler. & in c. significasti. de for. compet.* ut proinde assentire non possim, *Menoch. in d. cons. 46.* quatenus in his ipsis verbis magnam vim ponit.

Non obstat etiam *d.* §. *cum ante. l. edicto. de jure fisci.* Respondet enim Cuman. illum duntaxat eo loco considerari ad excusationem pœnæ, sed rectius dici potest ei duntaxat in præcipiti (quo verbo utitur JCtus) festinatione locum esse: cum interim in proposito festinationem alterius creditoris præcipitem non fuisse, ipse eventus doceat, debitore facultatibus ita lapso, ut utrique creditori satisfacere nequeat: potiùs igitur hæc vigilantia necessaria, quàm præceps festinatio dicenda erit. Modestia verò creditoris respectu debitoris duntaxat consideratur, & laudem tum demum meretur, quando non est conjuncta cum periculo, vel alterius jactura. Ubi verò peculium imminet, vigilantibus jura semper magis subvenire ex LL. citatis, in aperto est: neque illius unquam tanta haberi potest ratio, ut propterea alteri suum auferatur.

Quartò, † conclusio in principio à nobis firmata, generaliter restringitur, ut locum non habeat in creditore, qui à debitore violenter extorsit debitum. 6

Tum enim cæteri id, quod extortum est, ad eandem portionem, quam fuisset laturi, revocare poterunt, etsi id ante bona possessa exactum fuerit. Ita omnes Interpp. accipiunt, id quod de extorsione ait JCtus *in d. l. pupillus.* (*h*) Nam cũ ante excusaverit eum, qui justè exegit, in fine verò reprehendat eum, qui extorquet, ut casus à casu differat, verbum Extorquere, de vitiosa extorsione, quæ vim & concussionem quandam habet conjunctam, interpretandum erit, ut arguit *Zasius ibi.* (h)

Hoc tamen † etiam iterum limitat Angel. ut locum non habeat, quando extorsio fuit facta in subsidium, utputa quia debitor fugiebat cum pecunia, & copia judicis haberi non poterat: Nam tum quia ista compulsio 7

est à jure permissa, nihil communicandum venit, ut probatur *in l. ait Prætor. §. si debitum. eod. tit. quæ in fraud.*
(i) *credit.* (i)

8 Quintò † limitatur conclusio ista, ut non procedat in sociis, nam quia iniquum est ex eadem societate alium plus alium minùs consequi, ideo quod unus exegit debitum exæquandum, ut respondet JCtus *in l. verum. §. cum*
(k) *tres. pro socio.* (k)

9 Sed † hinc quæri solet, quid juris sit in pluribus cohæredibus, & receptum est, id quod unus cohæredum pro sua rata exegit, aliis cessantibus communicari non debere, *l. fin. C. de poss. post Jacob. de Aren. & Bart. & in d. l. pupillus. docent Bald. & Salicet.* qui etiam diversitatis inter hæredes & socios hanc tradit rationem, quia unus sociorum pro omnibus aliis non minùs quàm pro se ipso vigilare, ex societatis contractu tenetur: cum contra hæredes, licet bona hæreditaria communia habeant, tamen alius pro alio vigilare vel exigere minimè devincti sint. Declarat tamen hoc etiam *Jacob. de*
(l) *Aren. & Bart. in d. l. pupillus.* (l) ut duntaxat procedat in debitis hæreditariis consistentibus in numero pondere vel mensura, secus verò si fuisset corpus quoddam hæreditarium, nam hoc etsi unus hæredum exegerit, reliquis tamen cohæredibus pro ipsorum portione communicare tenebitur *per l. item Labeo. in pr. famil. hercisc.* ubi si unus hæredum thesaurum à testatore relictum effodit, & eum cum extraneo partitur, nihilominus famil. hercisc. judicio tenetur, licet post partitionem illam suam duntaxat partem habeat; ut rectè explicat Accurs. ibi. Sed circa rationem hujus text. quem inde adversari putant *d. l. fin.* plurimum desudant Interpp. Bart. enim ut ex jam dictis apparet, post Jacob. de Aren. putavit, rationem ejus in eo consistere, quod ibi non de re hæredi. debita, sed corpore hæreditario agatur. Sed hanc improbant Bald. & Salic. quoniam *in d. l. fin.* agitur de deposito, cujus dominium præsertim quando factum est in massa, non minùs hæreditarium est, & de corpore hæreditatis censetur, *l. licet. §. rei depositæ. depositi*, quàm thesaurus ille, de quo JCtus *in d. l. item Labeo,* loquitur. Ideoq; Bald. ait, hanc ejus esse rationem, quod hæres ibi thesaurum non ut in casu *d. l. fin.* secundum naturam contractus à defuncto celebrati, sed propria prosecutione recepit. Verùm hanc etiam isto exemplo refutat Salicet. Quia si tertius, qui cùm defuncto non contraxerat, possideret rem hæreditariam, & alter hæredum suam tantùm portionem vindicaret, certò illam non tenetur conferre, *d. l. fin.* vel ex hoc itaq; evidens est, nullam in eo vim ponendam, utrum cum defuncto contractum fuerit nec ne. Cumanus verò *in d. l. pupillus.* ait, textum *in d. l. item Labeo.* in casu penitùs diverso loqui, quia ibi hæres habuit ultra partem suam. Quod verum quidem est, initium si spectaveris, sed cum Jurisconsultus dicat, eum thesaurum jam cum alio partitum fuisse, & tamen nihilominus famil. hercisc. judicio teneri, itaq; appareat, hæredem jam tum amplius portione sua non possedisse, prout etiam interpretatur gloss. ibi, atq; adeò Jurisconsultum ad istud tempus, quo portionem duntaxat suam possedit, respexisse, evidens est rationem hujus textus in eo nequaquam consistere.

Alia igitur erit investiganda, cur nihilominus communicare teneatur. Et Petrus ac Cynus eam tradunt, quoniam ibi hæres dividendo thesaurum inventum cum alio, id fecit quod jure ipsi permissum non erat, cum potiùs illum totum retinere & cum cohærede debuisset dividere. In proposito partem duntaxat suam exegit, quod jure facere potuit. Non itaq; mirum, cur illo casu magis, quã hoc teneatur. Et li-

Et licet hanc interpretationem vellicare nitatur, Bald. nihil tamen in medium affert, quod illam valdè oppugnet, ideò in ea cum Saliceto meritò acquiescimus. Et secundum eam textus iste sententiam Jacob. de Aren. & Bart. minimè probabit. Vera tamen nihilominus est hæc eorum sententia aliam ob rationem, nimirum, quia res quævis hæreditaria ad omnes hæredes pro indiviso pertinet, ita ut quilibet hæredum in quavis re hæreditaria suam portionem habere censeatur, *l. Pomponius. de rei vend.* per quam rationem post gloss. Petr. & Cyn. idem tenent Baldus & Salicetus & Paulus de Castro *in d. l. penult.* inde distingventes res, quæ in pondere, numero vel mensura consistunt, & inter alias species: ut in illis quidem hæres, qui portionem suam recepit, nihil communicare cum reliquis teneatur: secus in his: quod ut exemplo fiat clarius, hinc concludunt, si defunctus duos servos vel duos equos deposuerit, & ex duobus hæredibus alter unum vendicaverit, alter decesserit, quod is qui vendicatus est, nihilominùs ad utrunque pertineat. Quoniam, inquiunt, non consistit in numero, pondere vel mensura, ut uni soli pro ejus parte restitui potuerit, sed semper remansit communis, igitur meritò in portionem vocatur. Nec quicquam refert, quod & *in d. l. penult.* de massa argenti agitur, quæ & ipsa corpus hæreditarium videtur, quoniam id Interpretes communiter accipiunt de massâ ponderata, ut pro ratione ponderum hæredi sua tantùm portio restitui potuerit. Sic quod in fine de specie dicitur. Accurs. ibi interpretatur de specie, quæ divisionem ita recipiat, ut hæredi sua portio solvi commodè potuerit, vel in re ipsa, vel in æstimatione.

Adstipulatur hisce etiam *Joan. Fab. in §. item si quis in fraudem. num. 25. de actionib. Negusant. de pignor. in 2. membr. 5. part. num. 34. & seq.* inde concludens, idem esse etiam in pignoris sive hypothecæ jure pluribus hæredibus competente. Nam cum pignus pro indiviso ad omnes hæredes æquè pertineat, *l. 1. C. si unus ex pluribus hæredibus. & in l. 1. C. de hæred. act.* pignus quod alter hæredum solus agens consecutus fuerat, cum altero communicare eum debere existimant, licet secus sit in actione personali: quippe cum hæc ipso jure divisa fuerit intra hæredes.

Denique † sextò regula nostra suprà firmata locum non habet in actione tributaria, ut probatur *in l. Procuratoris. §. fin. cum l. sequent. de tributor. act.* & docet *Paul. de Castr. in §. si plures. d. l. Procuratoris.* (m) Et hæc in creditoribus æquali jure nitentibus ita recepta sunt. 10 (m)

De privilegiatis † verò creditoribus contrà traditum est: id quod solutum est Chirographario, repeti posse à creditore privilegiato, ut probatur *in l. pecunia. C. de privileg. fisci.* Nam Imp. ibi tantùm de eo rescribit, utrum creditor de pecunia, quàm à suo debitore recepit, & deinde fisco restituere tenetur, usuras præstare teneatur, atque pro indubitato ponit, fiscum ob peculiare privilegium sibi indultum pecuniam, quæ alteri creditori prius soluta fuerat, repetere posse. Idq; ex sententia Marcelli contra Papinianum disertis verbis etiam decidit Martianus *in l. deferre. §. fin. de jur. fisci.* Papinianus, inquit, scribit ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui cum erat creditor, in solutum pecuniam accipit: si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque debitorem esse, aut postea cognovit, antequam consumeret. Sed placet, omninò ei pecuniam auferendam esse, etiamsi ignoravit, cum consumeret. Et ne quis fortè existimet, hoc in fisci tantùm favorem ita statutũ esse, idem generaliter de privilegiariis creditoribus respondisse videtur JCtus *in l. sed an hic. quod cum eo, qui in alien. potest.* 11

Nam cum is, cum quo in aliena potestate constituto fuit contractum, eatenus tantùm, quatenus facere potest, teneatur suis creditoribus, & JCtus postquam dixerat, meliorem esse conditionem creditoris occupantis, cui primum solutum fuit, id declarat, nisi si quis privilegiarius veniat: videtur certè innuere, hunc privilegiarium etiam occupanti, cui jam solutum est, præferendum, atque adeò hunc debitum jam receptum ab illo posse repetere. Idem probatur *in l. ex facto. in fin. de pecul.* ubi quandò ex negocio gesto cum servo vel filiofamil. agitur de peculio cum domino vel patre, (m) privilegiorum usque adeò habetur ratio, ut qui priùs agunt, præstare teneantur cautionem, se restituturos pecuniam solutam, si privilegiatus creditor venerit, quod utiq; facere necesse non haberet, si ut reliquorum creditorum respectu occupatione meliorem suam conditionem facere liceret. Quamobrem non solùm in fisco, sed & generaliter in aliis privilegiatis creditoribus hoc asseruerunt, *glos. in d. l. deferre. §. fin. & in d. l. pecunia. ubi Paul. de Castro, Salicet. & Alberic.* idem tenent *Jacob. de Aren. Bart. & Angel. in d. l pupillus. Bald. & Salicet. in d. l. fin. C. depositi. Paul. de Castro. in l. Procuratoris. §. si plures. de tribut. action. Joan. Andr. in addit. ad Speculat. de solut. in rubr. in vers. videamus generaliter, an unus creditor Joan. Fabr. in §. item si quis in fraud. num 25. Instit. de action. Capitius decis 78.* *(n)* Et hoc commu-
(n) niter ita receptum esse testatur *Cuman. in d. l. pupillus. & Didac. pract. quæst. cap. 29.* Fulgosius tamen *in d. l. fin. & in l. cum fundus. § servum tuum. si cert. pet. & in d. l. ex facto. de pecul. & Cuman. in d. l. pupillus.* contrarium tenent, moti potissimùm, quoniam actio personalis, quæ competit privilegiato, non datur contra tertium possessorem, *l. fin. §. fin. de contrah. emt. l. 1. §. si hæres. ad Trebell.*

Non itaque debitum solutum ab eo, cujus per solutionem jam factum est proprium, is, qui personalem tantùm habet actionem, avocare posse videtur. Quia verò plurimum urget textus *in d. l. deferre. & in d. l. pecunia.* respondent in fisco hoc peculiari quadam ratione statutum esse, ut solutum repetere possit, ideo istud ad alios minimè esse trahendum, *l. quod contra. de reg. jur.* Idemq; sensit & Didacus *in d. loco.* *(o)* Quod verò *in d. l. sed an hic.* (o)
& in d. l. ex facto. generaliter de privilegiariis creditoribus respondetur, id putat Didac. intelligendum esse de ipso solutionis tempore, ut videl. cum privilegiorum potior ducatur ratio, atque his magis quàm cæteris solvatur, non autem ut si alteri jam solutum esset, ipsi possint repetere. Verum hæc tanti esse non videntur, ut propterea à cæterorum opinione recedendum sit. Nam etsi negari non possit, actionem personalem ex contractu descendentem contra tertium possessorem non dari, non tamen hîc de illa actione, quæ ex contractu competit creditori privilegiato, quæritur, sed potiùs de condictione ex lege, quæ altera actione deficiente etiam contra tertium possessorem in id dari solet, ut legis beneficium atque adeò privilegium lege concessum salvum atque integrum conservetur creditori, *l. 1. de cond. ex lege.* & de hac condictione senserunt *Accurs. in d. l. deferre. & in d. l. pecunia. & Interpp. in locis paulò ante citatis.* Quæ autem de fisco statuta sunt, non ad eum solùm, sed & generaliter ad alios privilegiatos creditores pertinere, satis à nobis jam probatum est ex *d. l. sed an hic. & d. l. ex facto.* Nam in illis juribus privilegiatorum non, ut opinatus fuit Didacus, solutionis tempore haberi rationem, sed vel maximè post solutionem etiam jam factam ex eo luculenter apparet, quod *in d. loco sed an hic.* à regula, secundum quam occupantis

melior esse solet conditio, excipitur privilegiatus. Nam regula illa utique de creditore, cui jam solutum fuerat, intelligenda est, quippe cum is demum occupasse rectè dicatur, par igitur est, ut id, quod de privilegiato excipitur, eo de casu interpretemur, quo alter debitum recipiendo occupaverat. Debet enim exceptio esse de regula, *l. nam quod liquida. de pen. leg. not. Dec. in l. 1. nu. 20. Cagnol n. 29. de regul. jur. & Dyn. eo. in 6* Quid, quod *in d. l. ex facto*, is qui debitum prius accepit, cautionem præstare tenetur, se restituturum, si alius privilegiatus venerit, an non ex hoc ipso manifestum est, etiam post solutionem jam factam privilegiatorum rationem habendam, neq; ipsorum juri quicquam obesse alterius præoccupationem? cum si privilegia solutionis tantùm tempore valerent, atq; interim occupatio meliorem posset reddere conditionem accipientis, utique is, qui prius debitum peteret, cum jure permittente sibi vigilet, hac cautione minimè onerari posset, sed potiùs negligentiæ alterius expensum ferendum esset, quod Privilegio non suo fuerit usus tempore: sed cessando id quodammodo amiserit.

Sed cum jura hujus Privilegii usq; adeò ducant rationem: ut etiam illum, qui prius debitum petit, onerent cautione, in aperto est, regulam, quæ ut in accipiendo quis melorem conditionem suam faciet, permittit, contra privilegium nihil valere, atq; adeò licet quis prius occupaverit, privilegio tamen locum nihilominùs esse, & privilegiatum id, quod alteri jam solutum est, repetere posse.

Quæ quidem consideratio optimè probatur per text. *in l. Procuratoris. §. fin. & in l. seq. de tribut. act.* Nam cùm ejus, quod Ulpianus ibi tradit, creditorem, cui primò solutum est, cavere debere, se refusurum, si alii emerserint creditores, ex JCto Paulo hæc annectitur ratio: quoniam hæc actio occupantis meliorem causam non facit: utiq; hoc ipso satis designatur, tam cautionem ideò injungi, quia occupationis nulla ducitur ratio, neq; illa creditorem, cui prius solutum fuit, quicquam juvat. Estq; præterea pro inductione *d. l. ex facto*, observandum, quod in principio quæritur, an cum dominus de peculio conventus, id quod sibi debetur, ante reliquos creditores deducere possit, utrum id etiam locum habeat, quando privilegiatus creditor veniret & privilegium contra dominum locũ non habere deciditur, licet in cæteris creditoribus privilegiorum sit ratio habenda. Nam ejus, quod dominus reliquis creditoribus præfertur, hæc est ratio, quoniam is prævenisse reliquos, & occupando conditionem suam meliorem fecisse existimatur, ut apparet *ex l. peculium a. in princ. & §. 1. & §. sed & credit. de pecul.* cum itaq; JCtus dubitet, utrum id locum etiam habeat quando pupillus creditor debitum petit, utiq; hoc ipso ponit privilegiorũ regulariter majorem, quàm occupationis haberi rationem, cum si occupatio etiam privilegia excluderet, probabili dubitandi ratione careret quæstio ista. Et licet deinde pro domino decidat, eum privilegiato pręferendũ, quia tamen nihilominùs inter ipsum & reliquos creditores differentiam constituendo subjungit, in cæteris creditoribus habendam esse rationem privilegiorum: utiq; hoc ipso innuit, istud tum etiam locum habere, licet debitum alteri Chyrographario jam solutum esset. Nam aliàs si is, cui solutum est, propter occupationem privilegiato esset præferendus, nulla esset inter dominum & reliquos creditores differentia, quam tamen JCtus ibi apertè constituit, ut proinde ex hisce manifestum fiat, communem sententiam hac lege optimè probari: illa verò, quæ alii contra afferunt, imbecilliora esse, quàm ut eam labefactare possint. Neq; etiam quicquam refra-

gantur jura, quæ creditoribus vigilantibus & priùs occupantibus magis faventia in præcedente conclusione fuerunt adducta. Nam illa duntaxat loquuntur de creditoribus Chirographariis, qui æqualia jura habent, ad eos verò, quorum alter altero vel privilegio vel pignore potior est, non pertinent, *quemadmodum nemine refragante interpretantur omnes Dd. ibi.* Et interpretationem istam non solùm dilucidè probant LL. pro fundanda hac communi opinione citatæ, & infrà in postrema conclusione allegandæ, quæ in privilegiariis & hypothecariis disertis verbis aliud statuunt, sed & ipsa naturalis dictat ratio. Quantumvis enim vigilantia & industria laudem & præmium etiam mereatur, nunquam tamen illa tantùm valere debet, ut propterea alteri jus suum, quod vel ex legis beneficio, vel ex conventione quæsitum habet, auferre liceat, contra omnem tàm juris quàm æquitatis rationem, quæ jus alterius absq; facto suo proprio non diminui, neq; alterum alterius facto prægravari debere docet.

12 Declaratur † autem communis hæc sententia locum ut habeat, non solùm quando debitum solutum extat, sed & quando à creditore jam consumtum fuerit: Non enim id propter ea minùs repeti posse à privilegiato creditore, dilucidè probatur *in d. l. deferre. in fin.* quem textum non solùm in fisco, sed & generaliter in quovis privilegiato locum habere, cum in præcedentibus probatum jam sit, certè id etiam, quod de pecunia consumta ibi traditur, ad reliquos pertinebit, idq; generaliter ita senserunt Interpretes in locis paulò antè citatis, & in pecunia soluta idem admittit *Bart. in d. l. pupillus,* & in privilegiato indistinctè etiam concedit *Matth. de Afflict. decis. 190. num. 6. & Thom. Gramat. quæst. 1. nu. 7. Capytius decis. 78.* idq; communiter receptum esse profitentur *Cuman. & Didac. in locis suprà adductis.* (p) Fulgosius verò & Cumanus cùm generaliter denegarint privilegiato repetitionem, ut à nobis fuit relatum, multò minùs hanc illi concessuri essent debito consumto, ideoq; de isto in proposito minùs laborarunt, sed tantummodò in sequenti conclusione, *ubi de hypothecariis agendum erit,* consumtionis tantam ducunt rationem, ut propterea repetitionem denegent. Quamobrem argumentis eorum contra privilegiatum utitur *Didacus in d. c. 29. pract. quæst.* Movetur autem post Fulgosium potissimùm, per text. *in l. si filiusfamiliàs. si cert. petat.* Respondet enim ibi Ulpianus post Marcellum, quod etsi pater nummos, quos filiusfamiliàs, qui contra SCtum mutuatus fuerat, creditori solvit, extantes tanquam suos vendicare possit, si tamen nummi sint consumpti à creditore, res aliter sese habeat & condictio etiam cesset. Nam hinc colligunt, si dominus etiam propriam pecuniam sine consensu suo debiti solvendi causâ alii datam ideò repetere nequit, quia consumpta est, certè multò minùs illam revocare poterit is, qui tantùm prælationis privilegium habuit, & *Fulgos. in l. 1. C. de privil. dot.* argumentum hoc ita urgens esse existimat, ut etiam in praxi contra Accursium illi audeat confidere, addens se libenter velle responsum audire.

(p) Veruntamen † id, quod Jurisconsultus *in d. l. si filiusfamilias,* respondit, pecunia consumpta condictionem cessare, non generaliter de omni condictione, sed de ea duntaxat intelligendum videtur, quæ ex consumptione ideò competit, quoniam per hanc demum translatum dominium, & ut nostri loquuntur, mutuum reconciliatum est, de qua in præcedenti *l. si à furioso. & l. nam etsi fur.* agitur. Idque præter ipsam subjectam materiam (de hac enim condictione in toto illo titulo potissimum agitur) primò persuadet ratio, quàm mox subjungit JCtus

JCtus, inquiens: *Quoniam toties condictio datur, quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio nasci potuisset, si dominium ad accipientem transiisset, in proposito autem non ita esse*.

Hæc enim ratio non generaliter ad omnes condictiones, sed duntaxat ad eam de qua jam diximus pertinet: Par igitur est, ut secundum eam etiam id, quod de condictione hoc loco dicitur illam cessare, ad istam duntaxat restringatur, cum tàm lex quàm alia quævis dispositio quantumvis generalis, ex ratione tamen annexa interpretationem & restrictionem accipiat Deinde idem clarius convincitur ex verbis *l. sed si paterfamilias. §. 1. ad SCtum Macedonian.* ubi Ulpian. in eadem facti specie respondit, si filiusfamiliàs pecuniam sibi donatam solverit creditori suo, qui ei contra SCtum mutuatus fuerat, quod patri condictio ex omni eventu (id est, *ut rectè interpretatur Accurs.* sive extet sive non) competat, addens rationem, quia filius alienationem ejus non habuit. Ut igitur huic etiam responso locus esse possit necesse est omninò, ut *d. l. si filiusfamiliàs.* de ea, qua diximus, condictione duntaxat intelligamus, cum alioqui jura ista invicem adeò futura sint contraria, ut conciliari nulla commoda ratione possint. (q)

Quamvis enim me non lateat, Interpretes nodum hunc dissolvendo non uno modo interpretari has leges & communiter eo inclinare, ut existiment, id, quod *in d. l. si filiusfam.* dicitur, condictionem cessare consumpta pecunia, procedere, quando ea bona fide consumpta fuerit, alterū v. responsum condictionē admittens obtinere in eo, qui mala fide consumpsit. Hæc tamen interpretatio directo adversatur verbis *d. si filiusf.* Tum quia de filiofamiliàs contra SCtum mutuante loquitur: quo utique innuitur, illum, qui mutuò dedit, scivisse eū esse filiumfamiliàs, cum aliàs in SCtum nihil commisisset, *l. 3. ad SCtum Macedon.* Tum quia pecuniæ extantis vendicationem permittit patri, Si enim is, qui mutuò dedit pecuniam, in bona fuisset fide, utique ne extans quidem pecunia ab eo potuisset vindicari: Non itaque textus ille de creditore bona fide consumente accipi poterit, sed potius ita intelligendus erit, quemadmodum paulò antè à nobis explicatum fuit: secundum quam interpretationem tantum abest, ut conclusionem nostram impugnet, ut eandem juncta *d. l. sed si paterfamil.* §. 1. magis confirmet.

Fulgosius præterea. *in §. servum tuum. l. cum fundus si cert. petat.* contra illam opponit, quod JCtus ibi respondit, Dominum, cujus servus ex peculiaribus nummis hominem emerat, tum demum hosce à venditore repetere posse, si extent, secus verò si consumpti sint. Nam hinc etiam ita arguit si domino istud in suis nummis non est permissum, multò minùs creditori permissum esse debebit.

Sed neque hic textus nos valdè oppugnat. Varias enim ejus interpretationes esse apparet ex iis, quæ Dd. in eum uberrimè commentati sunt, ut nihil certi ad propositum nostrum inde desumi (r) possit. (r)

Utut sit, non tanta videtur subesse æquitas, ut dominus nummos peculiares servi furtivi alibi consumptos repetat, quanta in proposito, quo creditor non nisi id, quod ipsemet expendit, persequitur, atq; adeò de eo agitur, ut is privilegio, quo tamen ei consultum esse voluerunt jura, maximò suo incommodo privaretur, contrà omnem tàm juris quàm æquitatis rationem. Non itaque mirum, cur hoc casu magis quàm in illo condictio etiam pecunia consumpta procedat. Deniq; quicquid in aliis facti speciebus juris sit, tamen cum in creditore privilegiato hoc ita expresśè cautum reperiatur *in d. l. deferre. § fin.* nimirum hunc pe-

n etiam consumptam repetere huic decisioni standum omni- cum præsertim diversitatis et- atio in promptu sit, ex, iis quæ dò diximus. Hisce igitur declara- onem nostram contra impugnatio- nem Fulgosii & reliquorum satis fir- matam esse arbitramur.

14 Ampliatur autem † illa, ut locum habeat non solum in pecunia vel alia re in genere debita, sed & in specie soluta & consumpta. Nam etsi *Bart. in d. l. pupillus* distinguat inter pecuniam vel aliam rem in genere debitam, & inter speciem, inde concludens, pecuniam quidem consumptam condici posse, non autem speciem. Nulla tamen movetur ratione alia, quàm *ex l. 1. de distract. pignor.* qui text. cum de pignore loquatur, quod cohæret rei, & in quo regulariter precium loco rei non succedit, utique ad creditorem privilegiatum pertinere non poterit: ut animadvertit Thom. Grammat. *quæst. 1. num. 7.* inquiens, Privilegia non ut pignora cohærere rei, sed actioni vel causæ, non itaq; mirum; cur consumtione minùs facilè tollantur, quàm pignora.

Quinimò infrà, ubi de hypothecariis creditoribus acturi sumus, ostendemus, idem etiam obtinere in pignore, ut etsi certa species pignori data & lia à secundo creditore consumpta sit condictio compe at: Nulla igitur probabili fundamento nititur distinctio ista Bartoli, quæ insuper etiam ab Interpp communiter est improbata. (s)

(s) Nullum enim habet asseclam, sed tàm hi, qui post consumptionem permittunt condictionem creditori privilegiato: quàm illi, qui eam denegant, à distinctione ista recedunt, generaliter cõcludentes tàm in specie quàm in genere debito condictionem permittendam vel denegandam, ut proinde solius Bartoli autoritati juris fundamentis destitutæ inhærere planè tutum non sit.

Secundò † id, quod de condictione etiam post consumptionem permittenda creditori privilegiato firmavimus, extenditur, ut procedat sive bona sive mala fide debitum petitum à creditore fuerit consumptum. Nam à creditore malæ fidei pecuniam consumptam repeti posse, admittunt etiam Fulgosius, Cumanus & reliqui aliàs contra nitentes (t) de bona fide verò consumta disertè loquuntur omnes illi, qui pecuniam etiam consumtam condici posse concludunt, quorum sententiam hactenus defendimus & probatur dilucidis verbis *d. § fin. l. deferre.* Ex quibus etiam apparet, bonam vel malam fidem in proposito ex eo dijudicari, utrum quis sciens vel ignorans alium adesse creditorem privilegiatum debitum suum recepit. (t)

Tertiò † declaratur, ut locum habeat, non tantùm quoties pecunia bona fide consumpta fuerit soluta secundo creditori ex causa lucrativa, sed & quando soluta est creditori ex causa onerosa, ut probatur ex generalitate *d. l. pecunia. C. de privileg. fisci. & d. § fin. l. deferre.* Idq; perspicuè tradidit *Bald in l. 1. de distract. pign.* & omnes Interpretes sentire ait *Didacus in d. c. 29. pract. quæst. num. 2.* Minimè itaq; adstipulandum est *Joan: Fab. in d. §. item si quis in fraudem. num. 25. vers. unum non prætermitto.* quatenus communem hanc Interpretum sententiam ad creditorem duntaxat ex causa lucrativa conatur restringere, quam ejus opinionem tanquam falsam meritò improbat *Didac. in d. loco.* (u) 16

(u)

Quartò † idem obtinet non solùm in privilegiariis creditoribus, qui simul hypothecam habent, sed & in illis, qui duntaxat ratione personalis actionis sunt privilegiati, ut disertè docuit *Capyt. in 2. decis. 78.* Et quamvis *Didacus in d. loco.* istud tanquam adversum communi omnium interpretationi & sententiæ rejiciat: tamen si quis & rationes suprà adductas, quibus nituntur 17

tuntur Interpp. & verba eorum penitius inspexerit, facilè deprehendet, eos de privilegio duntaxat personali hoc statuere. Nam & privilegia ab hypothecis manifestè distinguunt, quod utiq; non fecissent, si hypothecarum etiam in privilegiariis duxissent rationem. Et Jacob de Aren. disertè loquitur de Privilegio personali, & clarius Agel. Si nulla, inquit, prætendatur hypotheca, sed creditores, qui nihil perceperunt, prætendunt personale Privilegium. Cavendum itaque à Didaco, qui propterea etiam istud non ita pro certo affirmat, sed addit, ni fallor, verè enim fallitur. (x)

(x) 18 Quinto † sciendum, nihil referre etiam, utrum debitor à judice compulsus, an verò sponte solverit creditori. Nam etiam tum quando occupando conditionem suam meliorem quis facere potest, nulla constituitur differentia inter creditorem recipientem debitum sponte solutum, & inter eum qui jure exegit, *d.l.pupill.* quare neque in casu converso, ubi occupatio non consideratur, vis aliqua in eo ponenda erit, cum eadem soleat esse contrariorum disciplina, *l.1. de his qui sunt sui vel alien. jur. l. sciendum. in fin. qui satisd. cog. §.1. Instit. de tutel.* Idem satis probatur etiam verbis generalibus, *d.l.pec. & d.l.deferre. §.fin.* Quod etsi omnis dubitationis expers aliàs sit, ideò monendum tamen duximus, ne quem fortè decipiat Didacus, qui *in d.c.29.* respondendo *ad l.fin. §. etsi præfatam. C. de jur. delib.* videtur inter hæc duo voluisse differentiã facere existimans, id quod *in d.§. & si præfatam,* statuitur, priorem creditorẽ à secundo pecuniam solutã condicere posse, duntaxat locũ habere quando debitor coactus à judice solvit, secus verò quando sponte id facit. Cum tamen si esset constituenda differentia inter hos casus, potiùs videatur excusandus creditor, qui judice auctore debitũ recepit, quàm is cui absque judice solutum est. Ut proinde hæc distinctio Didaci nullo neque jure, neq; ratione, neque etiam auctoritate nitatur. Et de privilegiariis etiam creditoribus hæc dicta sufficiant.

Restat † ut de hypothecariis etiam videamus. 19

Ad hos igitur quod attinet, extra omnem dubitationem positum est, si res alteri hypothecata secundo creditori soluta fuerit, quod tum prior illam possit revocare actione hypothecaria, *l. si fundus. § in vendicatione de pignoribus.* Pignoris enim persecutio in rem parit actionem creditori, *l. pignoris. ff. & C. de pignoribus.* Ideoque debitor pignus alii tradendo, quocunque id fecerit titulo, deteriorem creditoris conditionem facere nequit, quò minus hic pignora persequi possit, *l. distraxit. & l. debitorem. C. eod. tit.* Idem obtinet, etsi rem pignori obligatam secundus creditor, ad quem illa pervenit dolo sive mala fide, sciens nimirum eam alteri prius oppignoratam fuisse, consumpserit, ut probatur *in d. §. in vendicatione, ibi nec dolo fecit, quò minùs possideat.* Idq; nemine refragante tenent omnes Interpp. *in d. l. pupillus & in d. l. fin. C. depositi.* (y) (y)

Sed † quid si secundus creditor bona fide consumpsisset pignus, an tum etiam ratione aliqua consultum esse poterit priori creditori? Et *Jacob. de Raven. in d. l. pupillus post gloss. in d. l. pecunia* existimat, etiamsi pignus à secundo creditore bona fide consumptum fuerit quod tamen is nihilominus teneatur condictione ex lege vel actione in factum ad instar creditorum privilegiatorum: Idq; secutus est & *Angel. ibi. & Bald. in l. 1. de distract. pignor. Salicet. in l. fin.* dum de privilegiatis in genere loquendo allegat tamen *l. si prior. qui potior. in pignor. Joan. Andr. in addit. ad Speculat.* sequitur *rubr. de solut. vers. ex quo vidimus de solutione facta uni ex duobus reis. Joann. Fabr. instit. de act. § item si quis in fraudem. num. 25.* & hanc sententiam defendit etiam *Straca de*

decocte-

decoctoribus.part.ult.num.29. Bart. verò *in d.l.pupillus,* istud duntaxat admittit, quando solutum est aliquid in genere ut pecunia, quippe quia genus perire non possit, *l.in ratione.§.incerta.ad l.Falcid.* At quando species est soluta, tum quando sine dolo desiit possidere secundus creditor, amplius eum non teneri arbitratur, *per l.1.de distract.pign.* Et quamvis *Matth.de Afflict.decis.190.n.6. & Thom. Gramm.in d.q.1.* hanc distinctionem Bart. ad privilegiatum duntaxat creditorem restringant: tamen illam etiam ad hypothecariam pertinere, ex eo satis constat, quod postquam de utroq; dixerat, generaliter eam subjecit, ideoq; de utroq; rectè intellexit tàm Fulg. quàm Cuma. in locis jam citandis (z) Fulg. v. *in d. l. pecunia. & in l. 1. C. de privil. dot.* & Cuman. *in l. pupillus* generaliter tenent, quoties secundus creditor sine dolo desiit possidere, vel consumsit pignus quod tum à priore conveniri nullo modo possit. Idemq; secutum fuisse consilium Neapolitanũ testatur *Matth. de Afflict.decis.190. & Capyt.decis.78.* quibus adstipulatur & *Paris. cons. 69. vol. 4.* & hanc opinionem multis firmare conatur *Thom Gramm quæst.1.& Didac. c.29.pract.quæst.* (aa)

(z)

(aa)

Hasce inter se dissidentes opiniones Matth Brunus *in tractat de cessione bonorum. quæst. 25.* hac distinctione conciliare studet, ut priori opinioni tum demum locum relinquat, quando utroq; creditore negligente alteri fuit solutum, quemadmodum in Chirographariis suprà diximus. Verùm paulò antè ostensum fuit à nobis, jura illa, unde distinctio illa fuit desumpta locum duntaxat habere in creditoribus Chyrographariis, ad privilegiarios verò sive hypothecarios minimè pertinere. Non itaque hæc distinctio huc rectè accõmodari potuit. Quamobrem in isto opinionem conflictu, cui subscribendum sit, liquidò cum nobis non appareat, cujuslibet fundamenta diligentius examinanda erunt. Movetur autem Bartol. tantummodò *l.1.de distract.pign.* ubi Jurisconsultus respondet, si creditor posterior ex bonis debitoris alteri prius obligatis quædam vendiderit, quod tum priori creditori contra eum non competat actio in personam, neq; etiam utilis actio, quia propriam causam creditor errore ductus persecutus videtur, & quod propterea prior creditor possessorem pignoris interpellare debeat. Sed ex hoc ipso, quod ICtus subjungit, possessorem pignoris interpellandum esse à priore creditore, in aperto est, creditorem aliàs contra possessorem agendo debitum consequi posse.

Non itaq; mirum, cur contra posteriorem creditorem non detur actio. Cum interim in proposito de ejusmodi facti specie loquamur, quando priori creditori alia ratione consuli non posset. Nam tum æquius certè est, ut priori actio in subsidium detur contra secundum creditorem, quàm ut ille jure suo ex facto alterius privari, & incommodo affici debeat, ut probatur *in l.si prior.qui pot.in pign.hab.* de qua paulò pòst dicturi sumus: atq; ita jura ista, quæ aliàs pugnare viderentur, conciliat Accurs. ibi, nimirum quod *d. l. 1.* locum duntaxat habeat, quando creditor pignus persequendo potest debitum suum adipisci.

Textum verò *in d.l.si prior,* eatenus tantùm procedere, ut creditori, cui alia ratione consuli non potest, in subsidium detur actio contra creditorem secundum, qui pignus vendidit. Et quamvis Bart. ibi gloss. intelligat de eo, quod creditori vendenti ultra suum debitum superest, atque adeò de debitore ex causa lucrativa, (bb) tamen ista interpretatio repugnat verbis *d.l. si prior,* qua nititur Accurs. ut infr. videbimus: Rectius itaque Bald. ibi gloss. etiam interpretatur de eo creditore, qui nihil ultra debitum suum perceperat,

perat, addens rationem, quia respectu prioris creditoris videtur indebitum percepisse, & sic fingitur non habere causam retinendi, eò quod primus sibi debet anteferri. Nihil itaque textus *in d.l.1.* ad propositum nostrum ubi de actione in subsidium danda igitur, pertinebit, sed potius si huc accommodandus esset, juxta glossam interpretationem cōmunem probaret. Fulgosius verò nititur potissimum *l. si filiusf. & l. cum fundus. §. servum tuum si cert. petat.* Inde sic arguens: si dominus rem suam, quæ ad alium titulo oneroso pervenit, non potest consumptam repetere, certè multò minùs creditori ratione juris hypothecæ id integrũ esse debet, cum firmius ac potentius sit jus dominii, quàm hypothecæ, & hoc argumento maxima ex parte utitur & *Didac. in d. loc.* Sed ad istud etiam in præcedente conclusione abundè est responsum: ut eadem denuò repetere planè necesse non sit. Cumanus hanc potissimũ affert rationem, quoniam pignore ad alium translato vel perempto expirat ipsum jus pignoris, neq; in ejus locum succedit pretium quod inde recepit creditor & quod cōsequens est, jure pignoris quis istud persequi non poterit, *l. fin. C. de distract. pign.* Sed hæc ratio eatenus tantùm valet, ne possit agi hypothecaria, ut verò alia actione utpote condictione ex lege non possit repeti, planè non impedit, ut ex verbis *d. l. fin.* dilucidè apparet, ubi licet propterea actio in rẽ denegetur, nihilominus conceditur personalis actio. Huc etiã accommodant. *Joan. Fab. & alii*, id quod notant Dd. *in l. mater. de rei vendic.* ubi communiter concludunt, re aliena vendita & denuò in alios translata duntaxat in primum venditorem, qui ex causa lucrativa illam nactus est, dari actionem in subsidium. Verùm eo loci de hoc potissimum quærunt Interpp. utrum actio in subsidium potiùs sit danda contra eum, qui causam habet lucrativam, quàm qui causam onerosam; atq; concludunt, potiùs illum conveniendum, qui causam lucrativam habet, quod quidem optima fundatur ratione. Nam cum ab illo res servari possit, non mirum, cur reliqui causam onerosam habentes excusentur. At quid juris sit, si domino rei aliàs non possit consuli, nisi detur actio etiam in illos qui causam habent onerosam, de hoc nihil ibi agitur. Non itaq; inde ad propositum nostrum tanquam à diversis quicquam inferri poterit, cum præsertim & illi, qui actionem contra secundum creditorem concedunt, tum demum istud admittant, quando aliàs prior debitum suum nulla ratione alia potest consequi, & hoc casu contra secundum etiam creditorem, qui non plus debito suo ex pignoris venditione receperat, in subsidium dandam esse jura mox adducenda manifestè probant. Quinimò si hoc detur, contra creditorem ex causa lucrativa competere actionem in subsidium, *ut conced. Jo. Fab. & Th. Gramm.* certè omnes rationes, quibus illa denegatur creditori ex causa onerosa, ut corruant necesse est, cum illæ sint generales, neque ad onerosam causam magis quàm lucrativam pertineant. Considerat præterea Matth. de Afflict. quoniam si locus esset repetitioni, non solùm totus mundus litibus compleretur, sed & mercatores negociationibus quodammodo privarentur, si rebus suis alii oppignoratis non integrum eis esset, aliquid ex eis ad alios transferre, quod quia absonum videtur, hac sola ratione consilium Neapolitanum, ut contrà decideret, motum fuisse ait. Sed certè hæc etiam consideratio admodum fragilis est. Pertinet n. illa duntaxat ad generalem omnium bonorum hypothecam, quemadmodum etiam de illa tantùm loquitur Afflict. cum speciali verò nihil habet commune; non itaq; ex illa totum hoc negocium rectè definiri poterit.

Deinde

Deinde si hæc æquitatis ratio ejus momenti esset, ut propterea repetitio illius, quod secundo creditori est solutum, deneganda foret, utique illa potius esset attendenda, quando pignus apud secundum creditorem adhuc extat, cum re adhuc extante ad litem possessori intendendam magis moveantur homines, quàm illa consumpta, & magis etiam impediantur mercimonia concessa facultate repetendi res extantes. Sed hæc ratio tanta non est, ut repetitionem pignoris extantis impedire queat, ideò ne hoc quidem præstare debet, ut pignus consumptum propterea minùs repeti possit. Præsertim verò cum id, utrum res soluta extet apud creditorem vel consumpta sit, ipsam negociandi facultatem minimè respiciat, sed hoc duntaxat ex persona mercatoris ejus, qui solvit, consideretur, atque adeò cum eo, utrum alter rem solutam consumpserit nec ne, commune nihil habeat.

Denique consideratio ista directè adversatur iis, quæ de privilegiariis creditoribus ex manifesta juris dispositione asseruimus. Nam cum jura nostra illam tanti non fecerint, ut propterea privilegiariis denegandam duxerint repetitionem, sed potiùs ratione hac non attenta nihilominus concesserint privilegiato, ut repetere posset id, quod alteri creditori est solutum, certè liquidò testatum reliquerunt nobis, nullius esse momenti hanc effictam æquitatis considerationem.

Cumque contraria ratio æquior visa fuerit juris nostri autoribus, nostrum sanè non est, hac repudiata alteram amplecti, multò minùs eam iniquitatis arguere.

Et quæcunque tandem in medium afferri posset absurdi vitandi ratio, longè tamen foret cùm absurdius tùm iniquius, si creditores, qui hypothecis sibi cautum esse voluerunt, jure suo absq; proprio ipsorum facto privandi essent, *ut in simili ICtus inquit in l. ita vulneratus.* §. *quod si quis ad l. Aquil.* Et si confligentibus invicem æquitatis rationibus ea semper, quæ juri scripto est consentanea, prævalet non scriptæ, certè multò magis præponderare debet illi, quàm à LL. improbatam esse apparet *per not. in l. placuit. C. de judic. Dec. & Cagnol. in omni. de reg. jur.* Ut proinde ex his manifestum fiat, hanc opinionem nullo probabili juris fundamẽto esse subnixam.

Qui verò contra affirmativam tuenter sententiam, hi pro se advocant primò responsum Jurisconsulti *in l. si prior. qui potior. in pignor. habeant.* Deciditur enim ibi, si prior creditor rem sibi primò obligatam, postquam debitor eam alteri creditori obligaverat, denuò pignori acciperet, ac deinceps venderet, quod precium inde redactum in primam tantùm pecuniam, ob quam prius sibi erat res pignori obligata, expensum ferre debeat non etiam in eam, quam postea credidit, atq; ideò id, qnod ultra anterius creditum tanquam superfluum accepit, secundo creditori restituere teneatur.

Ecce sic pignus à primo creditore erat venditum, neq; ampliùs extabat, & tamen respondet ICtus, creditorem id, quod ultra primum creditum accepit, restituere debere, non attento, quod eadem res eidem pro alio credito esset oppignorata. Suntq; verba hujus responsi ita clara & manifesta, ut mirum sit, non solùm plerosq; in hujus quæstionis decisione tantopere desudasse, sed etiam longè à recto tramite deflexisse.

Circa quæ primò advertendum, quod ICtus de iisdem pignoribus, atq; adeò de certis speciebus pignori datis loquatur. Neq; tamen propterea minùs repetitionem concedit alteri creditori, qui respectu hujus posterioris crediti prior erat, planè itaq; his ipsis verbis confunditur distinctio Bartoli,

quæ

quæ aliud in specie pignori data, quàm in genere statuit. Deinde notandum, quod JCtus disertè loquitur de restituendo eo, quod ultra primum creditum supererat, priori creditori, etsi idem pignus pro posteriori credito ei etiam obligatum fuerat.

Quare non assentiendum *Bart. in d. l. 1. de distinct. pign.* dum id quod glos. ibi ex hac. l. nostra asserit, creditorem debere restituere id, quod superest, interpretatur de eo, quod creditori ultra suum creditum superest: cum tamen JCtus claris verbis de eo superfluo loquatur, quod ultra primum debitum supererat, licet pro hac etiam superfluo eadem res oppignorata fuisset. Præterea hoc etiam observandum, quod Jurisconsultus manifestè de eo creditore, qui pecuniam suam credidit, atq; adeò de creditore ex causa onerosa verba facit, & tamen eidem injungit, ut id, quod pro solutione hujus debiti recepit, priori creditori restituere teneatur. Nam vel ex hoc evidens est, falsum esse, quod tum *Bart. in d. l. 1.* tum etiam *Joan. Fabr. Afflict. & Grammaticus* distinguunt inter creditorem ex causa lucrativa & onerosa, ut ita hoc unico responso omnium penè Interpretum aliter sentientium subterfugia exclusa videantur.

12 Secundò † firmatur hæc sententia constitutione Justiniani *in l. fin. §. etsi præsertim vers. sin verò hæredes. C. de jur. delib.* sancivit enim eo loci Imp. si hæredes creditoribus hæreditariis pro debitis res vel pecunias solverint hæreditarias & hæreditas omnibus solvendis non suffecerit, quòd anterioribus hypothecariis liceat à posterioribus vel per hypothecariam actionem vel per condictionem ex lege id, quod eis solutum erat, repetere. Dum enim non solùm de hypothecaria, sed & de condictione ex lege loquitur, satis innuit, nihil referre, utrum res hypothecata extet vel consumta sit: cum condictio ex lege pignore amplius non extante locum demum habeat, ut animadvertit etiam gl. ibi. (cc) Sic etiam (u) nullam ibi differentiam constituit inter pecuniam tanquam genus vel speciem quandam solutam, sed tàm pecuniam quàm reliquas res hæreditarias conjungit, & de utrisq; idem statuit. Cumanus quidem *in d. l. pupillus,* respondit, id in casu illius textus speciali quadam ratione esse sancitum. Nam cum ibi non solùm hæredi injungatur, quod creditoribus primò venientibus solvere teneatur, sed ut illis, qui à creditoribus posterioribus emunt, consulatur, ne priores creditores postea venientes revocare id ab eis possint. Ex hac putat ille ratione creditoribus prioribus dari regressum contra illos, quibus primò solutum est, nimirum quia alia ratione ipsis consultum esse non possit. Verùm non animadvertit Cumanus, nos hoc etiam loco eo de casu quærere, quando creditor aliter debitum suum consequi non potest. Dato itaq; ibi contra posteriores creditores ideo regressum concedi prioribus, quia neq; ab hærede neq; ab emptoribus debitum possunt exigere, & ex hoc quidem ipso speciali jure ita esse sancitum, nihilominus tamen hoc inde generaliter colligere licebit, quoties creditor prior debitum suum non potest consequi, sive istud ex causa in textu considerata, sive alia ratione contingat, quod tum prior contra secundum creditorem regressum habeat.

Nam quando alia via ei consuli nequit, tum certè eadem penitùs subest ratio, ob quam in casu *d. vers. sin verò hæredes,* hic regressus conceditur. Cur enim quæso secundus creditor propterea, ut hæredi & emptori consulatur, onerari deberet, nisi aliàs eo nomine devinctus esset priori creditori? Ut interim omittam, in textu illo contra posteriores creditores non tàm ex hoc concedi actionem, quod; hæredem & emptores convenire non pos-

 sunt,

sunt, quàm propter hoc ipsum quia prioribus contra posteriores actiones competunt (id quod pro indubitato ponitur) contra hæredem & emptores actio denegetur, quippe cum prioribus, eo quod contra posteriores convenire possunt, aliàs prospectũ sit. Quinimò omnem specialitatis considerationem tollit *text. in d. l. si prior*, qui in casu penitus diverso loquitur, neq; tamen minùs repetitionem ejus, quod secundus creditor ex pignore recepit, concedit primo creditori.

Tertiò comprobatur hæc sententia iis, quæ de privilegiariis creditoribus in proxima conclusione firmata sunt. Si enim huic conceditur, ut id, quod alii minùs privilegiato est solutum, repetere possit, licet istud consumpserit, ut tàm à juris autorib. manifestè decisum, quàm etiam à communi Interpp. schola receptum est, certè multò magis idem hypothecariis concessum esse debet.

22 Tum quia † potiora semper censentur esse jura, quæ rei inhærent, quàm quæ personæ, *l. si necessarias. §. de vendendo. de pign. act. l. jurisgentium. §. pactorum de pact. Dec. in l. plus cautionis. n. 2. de regul. jur.*

Tum etiam, quia fortiora censentur ea, quæ nobis facto nostro quærimus, quàm ea, quæ à lege nobis tribuuntur, §. *furti. instit. de obligat. quæ ex delict. l. quod Principi. l. Augusta. de legat. 2. l. si filius. §. 1. erit Rubriano. de fideicommiss. libert. not. Angel. in l. Privilegia. de privileg. credit.*

Tum deniq;, quia singulari jure concessa facilius tollantur, quàm quæ jure communi inducta sunt, *l. militis codicillis. §. militia missus de milit. testament.* & hoc argumento potissimùm nititur *Stracca in d. loco.* Nec quicquam ad rem facit, quod Thom. Grammat. ideò in hypotheca aliud, quàm in privilegio statutum, existimat, quoniam illa cohæret rei, atq; propterea cum re extingvitur, hoc verò non tàm rei solutæ quàm actioni sive causæ cohæret. Hæc enim diversitatis ratio duntaxat respicit ipsam actionem hypothecariam, cum interim pignore consumto non hypothecaria, sed condictione ex lege agatur, quæ certè neq; ipsa rei cohæret, sed æquitatis ratione exigente conceditur pro conservando reo legibus indulto, *l. 1. de condict. ex lege.* Præthereà hæc ipsa diversitatis ratio eo confunditur, quod etiam pignore amplius non extante tàm JCtum quàm Imperatorem actionem concedere à nobis jam fuit probatum.

Ex his modò in aperto est, sententiam hanc longè firmioribus tùm rationibus tùm manifestis etiam legum decisionibus suffultam esse priore illa. non itaq; ambigendum, quin huic potiùs sit subscribendum.

Nam † illi semper est adhærendum sententiæ, quæ melioribus & firmioribus nititur rationibus, *l. 1. §. sed neq. C. de vet. jur. enucl. l. si quis. C. de condict. indeb. c. Capellanus de feriis.* Cumq; hoc in obtineat, quantumvis multorum resistant opiniones, ex errore magis quàm ratione proficiscentes, *ut not. Dd. in dd. locis. & in c. 1. de const. Jas. in authent. novissima n. 22. C. de inoffic. test. & in l. illam. nu. 9. C. de collat. Camill. Plaut. in Rubr. de verb. oblig. lib. 1. cap. 1. n. 8.* Quin etsi Imperator ipsemet in contraria esset sententia, *l. Æmilius de minorib.* ut ait *Angel. consil. 170.* Sanctissima & Illustrissima, *Decius consil. 481. n. 12.* certè multò magis procedet, quando sententia aliqua plurimorum etiam classicorum Interpretum calculo est firmata. Nam si quis autoritates eorum, qui huic posteriori sententiæ fuerunt suffragati, cum his, qui alteri sunt adstipulati, contulerit, facili negocio deprehendet, hosce ab illis non solùm numero, sed & pondere superari, Bartoli etiam distinctio non solùm manifestis verbis *d. l. si prior*, refutatur, sed & neminem habet adstipulantem, cum utriusq; opinionis asseclæ ab ea unanimiter recedant, nihil itaq; autoritati ejus tanquam singulari in hoc articulo tribuendum. 23

Ful-

Fulgosius verò & Cuman. dum non solùm generaliter hypothecariis post consumptionem rei solutæ, sed & privilegiatis re etiam extante repetitionem denegant, cæterorum in eo autoritate destituuntur, & præsertim in privilegiatis communem opinionem sibi resistentem habent. Afflict. Gram. & Capyt. sibimetipsis adversantur, dum privilegiatis repetitionem concedunt, hypothecariis verò denegant. Non solùm enim probabilis nulla poterit reddi diversitatis ratio, cur privilegiato magis quàm hypothecario repetitio rei solutæ & consumptæ permittenda sit: sed & illa privilegiato concessa, necessariò sequitur, eandem multò magis hypothecario dandam, ut pauló antè probavimus.

4 Auctoritati verò † Consilii Neapolitani, quo ipsi potissimum nituntur, opponimus id, quod in ore est multorum. In judiciis sæpiùs errari, quia non datur plenum deliberandi spacium. Qui quidem error ex eo planè detectus est, dum Assessores ratione non solùm admodum imbecilli, sed & legibus adversante motos, ostensum fuit. Didacus autem duntaxat vestigiis Fulgosii & Cumani insistit, horum argumenta referens, quæ suprà à nobis refutata sunt.

(dd) Quid deniq; Parisii (dd) & cæterorum, qui hanc quæstionem non ex professo tractarunt, sed eam in responsis suis primis duntaxat labiis attigerunt, autoritati tribuendum sit, apertiùs est, quàm ut pluribus ostendendum sit.

25 Semper enim † opinio eorum, qui perpensis rationibus rem diligenter indagârunt, præferenda est aliis, qui obiter & oscitanter aliquid protulerunt, *arg. l. divi fratres. de jur. patron.* §. *optionis. Instit. de legat. not. Alciat. in tract. de præsumpt. 51. n. 4. & lib. 4. parerg. c. 17. Abb. in c. bonæ 2. de postul. prælat. latè Simon. de Præt. in proœm. operis de conject. ult. vol.* præsertim verò sententia eorum, qui in repetitionibus sive tractatibus aliquid desudarunt, præferenda est illi, quam quis consulendo partium studio asseruit, ut *post Bart. in l. Provincialis circ. fin. de verbor. signif.* docet *Claud. de Sysillo. in l. si idem cum eodem.* §. *fin. de jurisd omn. jud. Socin. sen. consil. 35. n. 3. vol. 3.* Contrà verò Jacob. de Aren. Angel. Bald. Salic. Paul. de Castr. & Joan. Andr. Stracca sententiam alteram optimis juris rationibus ita constanter defenderunt, ut nihil penè sit, quod autoritati eorum quicquam deroget, atq; insuper cum ipsis facit conclusio illa, quam in privilegiatis creditoribus opinionis contrariæ sectatores communiter approbatam esse ipsimet fatentur, & quæ hanc nostram sententiam usq; adeò firmat, ut altera absq; altera consistere minimè possit.

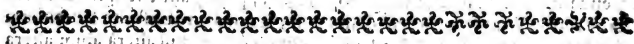
Horum itaq; autoritas solidis fundamentis subnixa cæteris longè prævalere meritò debet, & quod consequens est, secundum hanc eorum sententiam tàm respondendum quàm judicandum erit.

(ee) 26 Quæ † quidem penè omnibus illis modis declaratur, de quibus in præcedente cōclusione, ubi de privilegiatis creditoribus egimus, dictum fuit.

27 Præter illos verò peculiariter circa generalem † omnium bonorum hypothecam hoc erit adhibendum temperamentum, ut etsi illa res etiam venales comprehendat, ut docet *Bart. in l. generale.* §. *uxori. de usufr. legat. & Bald. in l. cum tabernam, in pr. de pignorib.* Si tamen priusquam creditor nomine crediti sui hypothecaria agere possit, res illæ venales ad aliam translatæ fuerint, quod tum contra tertium possessorem hypothecaria agere non possit, non solùm, quando res illa est consumpta, sed ne tum quidem, quando adhuc extat, ut sensit *Bart. in l. si constante. 3. part. principali 3. quæst. sol. matr. Bald. in l. ubi adhuc in 3. col. vers. sed pone, maritus erat mercator C. de jur. dot. Jas. in* §. *item Serviana. n. 52. Inst. de act. Neguz. de pignor. 2. Membr. 2. part. princ. n. 23.*

28 Idemq; † obtinebit etiam in pecunia: Nam & illa videtur alienationi parata, & propterea inter venalia refertur, ut per text. *in d. §. uxori. l. generali. de usufr. legat.* docet *Bald. in l. fin. de compensat.* quam sequitur *Alex. in d. l. si constante. col. antepen.* (ff) Et hac moderatione abundè satisfit æquitatis rationi, quæ potissimum movit Consilium Neapolitanum, ut repetitionem denegaret, ne videlicet negociationes & commercia impediantur. Hoc enim eatenus quidem rectè in considerationem venit, ut integrum nihilominus sit debitori, res venales alienare, priusquam creditor possit repetere creditum suum, ut vero postquam devinctus est solvere, res suas in maximum creditoris incommodum distrahere valeat potiùs, quàm ut solvat, istud certè ratio ista minimè præstare poterit, ut suprà ostensum fuit.

Cumq; † hæc ita in hypothecariis recepta sint, certè multò magis obtinebunt in privilegiariis, ut neq; hi res venales distractas, priusquam crediti nomine agere possint, solutionis gratia queant repetere. Quod pro declaratione *d. l. pecunia, & d. l. deferre.* notandum. 29



ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris, Hartm. F.

(a) Latiss. *Joan. Baptist. Asin. de execut.* §. 7. c. 3. ubi tamen opiniones tantum recitat, ut incertior sit quàm ante, qui eum legerit, haud paulò distinctius eadem tractat *Joan. Koppen quæst. 62.* etsi ei in his, quæ *nu. 14.* de excussione principalis tradit, assentiendum non sit per ea, quæ *supra quæst. 12.* notabimus. Adde etiam *Florez. Diez. de Mena lib. 1. variar. quæst. c. 6.* ubi conqueritur Dd. eam tàm confusè tractare, ut semper in pluribus dubius remaneas, qui & ipse interdum hallucinatur, ut ex his liquebit, vide etiam *Andr. Rauchbar. quæst. 9. part. 2.*

(b) Idq; adeò procedit, ut quamvis unus ex creditoribus Procurator debitoris fuerit, & sibi ipsi primum solverit, pecunia hæc à cæteris revocari possit, ut consuluit (in terminis etiam fortioribus) *Roman. cons. 111.* quod tamen dubium redditur per ea, quæ habentur apud *Surd. cons. 4. n. 39. & col. penul. vers. minus contradicis vol. 1.* Sed is non hoc tantum quod Procurator fuerit, sed alia etiam considerat.

(c) *Kopp. d. q. 62. n. 5. Vincent. Carot. decis. 109. n. 23. & seq.*

(d) Sequitur *Diez. d. quæst. 6. nu. 3.* & contra *Bursat.* defendit.

(e) Et *Roman. d. cons. 111. Diez. d. q. 6. n. 4. Vincent. Carot. decis. 109. n. 29. Andr. Rauchb. quæst. 9. n. 35. part. 2.*

(f) Et *Vital. de Camb. in tractat. clausular. claus. & specialiter obligavit ipsam, n. 12.*

(g) Adde *Vital. de Camb. d. tract. n. 12. Vincent. Carot. decis. 109. n. 25.*

(h) *Koppen d. quæst. 62. n. 6.*

(i) Sequitur *Vital. de Camban. d. tract. n. 12. Vincent. Carott. decis. 109. num. 30.*

(k) De his vide latè apud *Carot. d. decis. 109. n. 32.*

(l) Adde *Carot. d. decis. 109. nu. 34. & seqq.*

(m) *Diez. d. quæst. 6. n. 5.*

(n) *Jas. in l. inter eos. nu. 8. ff. de re judic. Afflict. decis. 190. n. 3. Vincent. Carot. d. decis. 109. n. 18. Andr. Rauchbar. quæst. 9. n. 1. & 12. part. 2.*

(o) Sequitur *Cephal. consil. 555. n. 12.*

Et om-

(p) Et omnes Dd. admittere dicit *Jo. Petr. Surd. consf. 40. n. 26. vol. 1.*

(q) Hoc fatetur *Cujac. lib. 14. obs. c. 35.* Marcellum plerunq; à Juliano dissentire solitum annotans, ubi etiam *d. l. si filiusfam.* accuratè explicat. Et quamvis de sola condictione ex mutuò Marcellus egisse videri possit, eamq; ideo hoc casu denegasse, quia ut verba ejus innuunt, non præcessit talis causa numerationis, ex qua vel verum mutuum contrahi potuisset. Non enim credendi sed solvendi animo numerata fuerat à filiofam. pecunia, atq; ita sola consumptio hoc efficere non potuit, ut mutuum contractum videri, & hinc condictio competere queat. An autem alia actione repeti possint, id hoc quidem loco non deciditur, sed *in d. l. sed si paterfam.* §. 1. ut censit etiam *Floret. Diez. d. quæst. 6. n. 22.* videtur tamen hic intellectus *text. in d. l. si filiofam.* nimium arctare, atque adeò de indubitabili (ut loquuntur) esse, itaq; vix est, ut consistere possit.

(r) Pro vero intellectu hujus textus, in quo Dd. mirabiliter hallucinantur, ita habendum est. Titius à fure quodam bona fide emit servum Caii, is vicarium sibi comparavit à Sempronio, qui Titio traditus est. Hic si Cajus servum suum à Titio vendicat, etiam hominem ab eo comparatum unà condicet. Est enim in peculio servi, quòd ad Cajum utpote verum dominum spectat.

Ad reliquum peculiũ sive nummos peculiares quod attinet, etiam illos Cajus vendicat, ita tamen ut Sempronio venditori ad precium servi teneatur, si nummi consumpti sunt (intellige à Servo vel à Titio bonæ fidei emptore) actio de peculio evanescit, id est, Sempronius Cajum convenire non potest, quia ex contractu servi in dominum actio non competit, nisi quatenus est in peculio, ut in casu converso, quo servus vicarium vendidit, respondit JCtus *in l. si servus* §. *final. de act. emt.* quemadmodum etiam præter voluntatem domini venditori numerasset, vendicari posse ita tamen, ut de peculio servi nihilominus venditori satisfiat, quatenus nimirum est in peculio, quod verba DUNTAXAT DE PECULIO, ostendunt, & ita rectè hîc dicit JCtus, Actio evanescit, non quod non competat, sed quia inanis est, cum nihil nummorum in peculio sit. Si tamen vicarius ille à servo emptus adhuc extet, eumq; dominus apud se retineat, cæteris paribus de in rem verso actio superest.

(s) Eam tamen tanquam indubitatam ponit *Vincent. Carot. d. decis. 109. num. 19* unde apparet, quæ ipsi fides habenda.

(t) *Diez. d. quæst. 6. n. 7. Carot. decis. 109. num. 2. & seqq.*

(u) Joan. Fabr. tamen sequitur *Menoch. cons. 25. num. 13. & 17.* & Didacum malè ab opinione Fabri recedere ait, quam & Cephal. probat *consil. 86. num. 17. & 22. & cons. 555. num 10. & Florez. Diez. d. quæst. 6. num 8. & 12.* sed altera verior est, propter leges generaliter & indistinctè loquentes.

(x) Opinionem tamen Didaci mordicus tuetur *Diez. d. quæst. 6. nu. 7.* contrariam contra manifesta juris principia esse asserens, nimis confidenter & imperitè, vide eundem *n. 18.* ubi meram æquitatem suam cerebrinam crepat.

(y) Latiss. *Joan. Petr. Surd. cons. 4. n. 43. vol. 1. Koppen d. quæst. 62. n. 7. 8. & 9. Florez. Diez. d. quæst. 6. n. 9. Vincent. Carot. decis. 109. n. 1.*

(z) Et noviss. *Ursil. in addit. ad Afflict.* licet & ipse obscurè loquatur, clarius *Vinc. Carot. decis. 109. n. 14. & seq.*

(aa) Eandem tenet *Menoch. cons. 25. nu. 15. Cephal. cons. 86. vol. 1. & cons. 555. n. 7. 8. 9. Gail. lib. 2. obs. 25. n. 6. & Daniel Moller. lib. 2. semestr. c. 4.* ubi quamvis superiorem distinctionem de jure veriorem dicat, nunquam tamen secundum eam judicatum fuisse asserit, quibus accedit *M. Anton. Eugen. cons.*

89.n. 4. cum seq. ubi hanc sententiam tanquam communem in judiciis custodiendam dicit *Florez. Diez. d. q. 6. n. 10. & 17. Frid. Pruck. consf. 24. n. 110.* omnino *D. Andr. Rauchb. quæst. 9. n. 13.*

(bb) Adde *Vincent. Carot. d. decis. 109. n. 14. & seqq.* ubi plures allegat.

(cc) Aliam rationem, cur condictio ex lege eo in casu detur afferre conatur *Florez. Diez. d. quæst. 6. n. 13.* sed ariolatur & refutatur abunde ex his, quæ hic circa h. l. ponderantur.

(dd) Parisius fatetur hanc sententiam de jure communi veriorem esse: sed ab ea propter statutum Genuense recedit, quod not. etiam *Surd. d. consf. 4.* & ideo eum semper pro hac sententia allegat.

(ee) Quemadmodum in consulendo eam sequitur, quicquid (ut ait) æquitas à consilio Neapolitano considerata suadet *Pet. Surd. consf. 4. nu. 25.* & passim *vol. 5.* & tuetur *Jo. Koppen. d. qu. 62. num. 10.*

(ff) Atq; ita hanc sententiã quoq; restringit *M. Ant. Eugen. consf. 89. n. 9.*



QUÆSTIO XXI.

DEBITOR EX PLURIBUS CAUSIS SI SOLVIT SIMPLICITER, IN quam causam id, quod solutum est, imputetur.

SUMMARIA.

1. *Qui ex pluribus causis alteri debet, potest solvendo exprimere in quam causam solutum velit, Modò fiat in præsenti n. 2. ubi text. in l. 2. de solut. explicatur 5. aut in continenti statim antequam salutio perfecta sit. ib. idq; etiam per Epistolam fieri potest nu. 3. Ampl. quamvis creditor contradiceret, pecuniam tamen nihilominus acciperet. n. 4.*

6. *Creditor pignus distrahens, potest pecuniam inde redactam in causam quam vult imputare.*

7. *Debitore simpliciter solvente crediteris est electio & n. 11. etiam invito debitore n. 14. quæ tamen arbitrio boni viri uti debet n. 8. ita ut primò in duriorem causam solutum imputet. n. 9. & in id quod liquidum est, non quod adhuc controversum. n. 10. nec in id quod fidejussorio nomine debetur, aut cujus dies non venit ibi. debet etiam in continenti declarare n. 12. & expectare aliquantulum, an debitor voluntatem suam declaret. n. 13.*

10. *L. 1. ff. de solut. vera lectio ostenditur.*

15. *Solutio sine ulla alterutrius partis declaratione facta, in quod debitum imputetur, latè ostenditur.*

16. *Gravior causa in quam solutio cedit, consideratur ratione qualitatis non quantitatis num. 18. utputa ratione vitæ aut membri aut famæ num. 16. II. ratione pœnæ vel alterius augmenti quo crescit obligatio, nisi dissolvatur n. 17. III. respectu satisdationis n. 19. IV. item respectu paratæ executionis, ut quod ex causa judicati aut sub instrumento guarentigiato debetur, potius sit, quòd nudo Chirographo debetur n. 22. ubi nihil horum adest, solutum potiùs censetur id, quod proprio nomine debetur quam quod alieno n. 20. quod declarat & Brisonii error, ostenditur nu. 21. Denique antiquius debitum n. 23. cum declar. ib. ubi nihil tale reperitur ex omnibus summù pro portione solutum videtur. n. 24.*

25. *Solutio prius in usuras quàm in sortem imputanda, etiamsi creditor dicat se tàm in sortem quàm in usuras accipere aut se primo in sortem & postea in usuras accipere, n. 26. quod procedit in usuris exigibilibus non in his, quæ naturaliter tantùm debentur n. 27. aut certo ex casu non debentur, n. 28.*

Quoti-

QUoties is, qui ex pluribus causis debet, pecuniam solvit, non raro quæri solet, in quam causam solutio facta referri debeat. Et licet quæstio hæc tàm ICtorum responsis, quàm Impp. rescriptis satis clarè sit definita, quia tamen non eandem, sed juxta varias negociorum qualitates multiplicem habet determinationem, & diversis in locis tractatur, majoris perspicuitatis gratia omnia huc pertinentia summatim colligere placuit. Potest autem res hæc tota tribus potissimum membris comprehendi. In quorum primo eo de casu, quo debitor solvens causam expressit: In secundo de creditore causam exprimente: In tertio de casu, quo solutio indistinctè facta est, agatur. In primo membro hæc tradi solet regula:

1 In † arbitrio solventis est dicere, in quod potiùs debitum solutionem cedere velit, & quod dixerit, id erit solutum, ut ait JCtus *in l.1. & in l Paul. 101. de solut.* ideò si is, qui solvit, in sortem se dare dixisset, in usuras referre creditor non poterit, *l credor. 102. §. 1. eod. tit.* & solvere quis ita potest, ut unum ex duobus fidejussoribus liberet, *l. in iis. 5. §. 1. eod.*

2 Hoc † tamen ita accipiendum, modò debitor, in quam causam solutum esse velit, in re præsenti constituat, ut ait ICtus *d. l. 1.* quod *in l. seq.* ita exprimitur: *Dum in re agenda hoc fiat, ut debitori liberum sit non dare, si alio nomine exolutum velit creditor.* Circa quæ verba advertendum, non ut in vulgatis, *Cum*, sed secundum Pandectas Florentin. *Dum* legendum, quod idem valet, quod Dummodò.

Compilatores enim hoc responsum Florentini inserendo declarare voluerunt id, quod Ulpianus *in fine præcedentis L.* dixerat, Creditorem in re præsenti, hoc est, statim atq; solutum est, constituere debere.

Observanda est etiam proprietas locutionis, *in re agenda*. Videtur enim illa futurum tempus denotare, unde inferri potest, ICtum requirere, ut debitor ante solutionẽ causam exprimat: Ideoq; *Accurs.* ut hanc interpretationem evitet, putat, supplenda verba, *quæ fuit*, ut hoc modo tempus præteritum designetur, atq; adeò significetur, etiam post solutionem jam factam debitorem eligere posse, modò in continenti id faciat. Sed constat, probatos latinitatis auctores ejusmodi Gerundia in DUS, pro Participiis præsentis temporis passivæ significationis usurpare solitos fuisse, ut apud Virgil. 9. Æneid. *Volvenda dies en attulit ultrò*: quod explicans Thom. Linac. *lib. 1. de Participio Volvenda*, inquit, non tempus futurum intelligit, sed rei administrationem, dies videlicet, quæ volvitur, non quæ volvenda est vel volvetur, unde judicatur, Gerundium esse Participium præsentis temporis. Sic etiam Livius *in præfat.*

Quæ ante conditam condendamq; urbem poëticis magis decora fabulis traduntur de quo pluribus agit *Petr. Nannius liber 5 Miscel. cap. 2.* Secundum hæc itaq; ICtus his verbis, *Dum in re agenda hoc fiat*, idem significare voluit, ac si dixisset, modò expressè hoc fiat, dum solutio peragitur, vel dum solvitur, sive ipso solutionis tempore, ut propterea suppletio illa Accursii minimè necessaria sit. Etsi autem Jurisconsultus hoc ipso requirere videatur, ut in ipso solutionis actu debitor causam designet, non tamen propterea negat, quin etiam statim post solutionem factam ejusmodi declaratio admittatur, modò id in continenti fiat. Cum regulariter ea, quæ in continenti fiunt, ipsi actui inesse, & dum is peragitur, gesta esse intelliguntur. *l. lecta. si cert. petat. l. penultim. in fine. C. de institut. & subst. l. petens.*

C. de pact. l. 3. §. cum igitur. de vi & vi arm. cum simil.

Relinquitur ergò non solùm in ipso solutionis actu, sed & post solutionem factam debitorem causam exprimere posse, modò in continenti & statim postquam solutum est, id faciat ut disertè probatur *in l. si usuras. C. de usur.* quod *Bartol. in d. l. 1. nu. 6.* post Jacob. de Aren. ita declarat, ut in continenti factum dicatur, quod fit antequam solutio pro perfecta & absoluta habita fuit à partibus, motus his ipsis verbis Jurisconsulti, dum requirit, ut in re agenda fiat, Res enim agenda, inquit, dicitur, antequam sit habita pro perfecta & absoluta à partibus, licet numeratio si perfecta. Post solutionem verò perfectam ex intervallo ele-
3 ctio amplius † debitori non permittitur, *l. 3. eod. tit.* Utrum verò præsens an absens debitor animi mentem exprimat, nihil refert modò legitimo tempore per epistolam vel nuncium notum faciat creditori, in quam causam solvere velit, ut docet *Imol. in d. l. 1. in pr. arg. l. si ex pluribus. § 1. eod. tit.* Cui potiùs subscribimus, quam Bartolo aliter opinanti *ibidem nu. 7. in fin.* Ratio enim qua nititur, quia videlicet licitum est creditori contradicere, non solùm parum urget, cum illa contradictio etjam in absentia fieri possit, sicut electio sed etiam simpliciter intellecta in se vera non est, ut ex sequentibus apparebit.

4 Declarant † præterea hanc conclusionem Interpp. ut locum tantùm habeat tacente vel annuente creditore, eo verò contradicente, & in aliam potiùs causam volente accipere, alter alterũ impedire & solutionem in nullam causam cedere, neq; etiam propter hunc eorum dissensum in causa liberationem inde sequi, sed solutionem fieri non posse, aut si facta sit. pro non facta putant, usque eò, ut creditor pecuniam istam penes se amplius non retinere, sed illa repeti à debito-

re possit. Ita *post glossam super ve[...] bitum. & Bart. num. 8. tradiderun[t] de Imol. & Paul. de Castr. in d. l[...] solut. (a)*

Moventur autem primò *p[...] in d. l. 2. h. t.* Nam ex illis verbis [...] *vel creditori liberum sit non accipe[re] debitori non dare, si quis eorum ali[...] ne solutum velit*, colligunt, quasi [...] testate creditoris sit, si debito[r ...] sam, quæ ipsi non placet elegeri[t ...] accipere aut contradicendo im[...] solutionem & liberationem. [...] præsertim Jurisconsultus, si cr[...] in aliam causam consoltum esse [...] nullam aliam videatur concede[re fa]cultatem debitori, quam non [...] Hoc enim ipso innuere videtur, [...] torem invitum cogi non posse, [...] ceptam in eam causam, quam v[...] debitor, imputet. (*b*)

Deinde adducunt id, quod *in [...] si certum pet.* respondet ICtus, D[...] sum in causa translationem do[...] impedire. Eodem enim modo li[...] tionem dissensu partium *imp[...]* existimant. Arguunt præterea e[x ...] quod *in l. 3. de pignorat. action.* habe[...] eum, qui spe futuræ numeration[is ...] gnus reddiderat, solutione minù[s ...] tè, sed sub dolo alteri facta, pign[...] petere posse furti actione. Nam [...] ratione eum, qui in certam causa[m so]lutionem fecerat, liberatione o[b dis]sensum non secuta, pecuniam rep[ete]re posse statuunt, sicut ab *initio l[...]* rum ei erat, non dare, ut ait JCtus [...] *d. l. 2.*

Quia verò huic, quod de re[pe]titione dictum fuit, obstat textus [...] *si non sortem. §. si centum. de condict. i[...] & in l. si cum aurum. 50. de solut.* ub[i ...] quod minus legitimè solutum est, [...] propterea liberationem parit, no[n re]petitur, sed nihilominus retineri [po]test à creditore, donec ritè solv[...] Respondet Paul. de Castr. in illis [...] ex eo descendere quoniam solut[...] debitore occasione illius debiti f[...] fuera[...]

fuerat, in quo à creditore retinetur. ideò licet per se non esset debitum, potest tamen retineri à creditore, donec sibi solvatur debitum: Sed in proposito pecunia non fuit soluta pro isto debito, in quod creditor eam retinere volebat, ut ex debitoris declaratione apparet, non igitur contra voluntatem debitoris pro illo debito retineri potest, donec istud solvatur. Ego verò contrà existimo, debitore suo tempore exprimente, in quam causam solutum esse velit, creditorem, solutionem recipientem, contradictione sua impedire non posse, quò minùs liberatio ex illa causa sequatur: sive creditor, postquam solutionem acceperit, sive mox ab initio contradiceret, pecuniam autem nihilominus acciperet, neq; propterea debitorem ullam justam causam habere repetendi id, quod jam solutum est. Et in hanc sententiam me vocat primò, quod jura generaliter dicunt, in arbitrio, & potestate solventis esse dicere, quod potiùs debitum voluerit solutum, & quod dixerit, solutum esse, *d. l. 1. ff. & C. de solut.* Nam vel ex hoc evidens, in libera debitoris causam exprimentis voluntate hoc situm esse, & quod consequens, creditorem contradicendo impedire non posse, quò minùs eo nomine, quò debitor voluit, solutum intelligatur, Quale enim quæso alicujus arbitrium, quævè potestas esset, quam alius suo dissensu impedire posset? Deinde magis me movet, quod JCtus *in d. l. fin. quib. mod. pign. vel hypoth. solvat.* disertis verbis respondet: Debitore illi, qui prioris & posterioris creditoris hæres factus fuerat, posterius debitum offerente, creditorem cogendum esse accipere. Si enim ad hoc ut accipiat, invitus cogi potest, utique contradictione sua quò minùs liberatio ex solutione jam facta sequatur, impedire non poterit, Idem probatur in *d. §. 1. l. creditor. de solut.* Nam dum ibi JCtus, creditore contendente pecuniam solutam usuris cedere debere, si is, qui debet in sortem se dare dixisset, usuris non debere proficere dicit, satis declarat, dissensum creditoris non obstare, quò minùs in sortem, ut dixerat debitor, pecunia soluta intelligatur. Neq; enim distinguit JCtus utrum mox in ipsa solutione, an verò postea contradixerit creditor sed generaliter loquitur. Confirmatur deniq; iis juribus, quibus traditur, creditorem, cui debitum offertur, vel invitum cogi posse, ut pecuniam accipiat, aut saltem pecunia deposita debitorem creditore invito liberari, *l. si debitor. cum ibi not. de solut. l. fideicommissa, §. si rem. & ibi not. Dd. de legat. 2.* Sicuti etiam alius pro debitore solvens, eum invitum liberat, *l. solvendo, de neg. gest.* Nam vel hinc manifestum fit, dissensum creditoris hoc præstare non posse, ut propterea minùs liberetur debitor, modò solutio aliàs legitimè facta sit: quemadmodum in proposito debitori permissum esse, ut in solutione causam exprimat, & propterea eum causam exprimendo legitimè solvere, juris est indubitati. Non obstat text. *in d. l. 2.*

Nam † ut ex iis, quæ in principio *circa d. l. 2.* monuimus, apparet, JCtus 5
ibi tantummodò circa id, quod præcedenti responso dictum fuerat, debitorem vel creditorem eligere debere, aut statim atque solutum est declarare (atq; ita præsupposita eligendi facultate alterutro competente) clarius exprimere voluit tempus, quo vel creditor vel debitor illam exercere debeat, tū videlicet, quando ex parte debitoris, siquidem is eligere vellet, adhuc ei integrū est, ut si creditor in causam à debitore expressam consentire nollet, planè non daret. Item ex parte creditoris, si debitore non eligente, ad eum electio translata esset, & ipse vellet eligere, tum hoc faceret, quando adhuc liberum ei esset, ut si debitor in aliam caus. solutū esse mallet, non acciperet, quod

quod nihil aliud est, quàm si dixisset, debitorem priusquam dandi actus: Creditorem; verò priusquam accipiendi actus perficeretur, eligere debere: quod in præcedentibus verbis, *In re agenda*, dixerat. Etsi autem inde hoc quidem rectè colligatur, esse aliquod tempus, in quo sicut debitori liberum sit non dare, ita etiam creditori liberum sit non accipere: Est tamen hoc non conjunctim de uno eodemque tempore, sed ut particula distributiva, *Vel*, clarè denotat, separatim sive distributive de diversis, & hoc modo accipiendum, ut quemadmodum tum non dare liberum est, quando adhuc eligendi facultatem habet: ita creditori non accipere permissum sit in casu, in quo debitore non eligente ad ipsum translata est electio. Nam cum Jurisconsultus non de eo, cui electio competat, vel an alter contradicendo alterius electionem impedire possit: Sed eligendi jure alterutri competente præsupposito, de eo tantùm agat, quo tempore istud jus exerceri possit, & hoc Consilio responsum hoc præcedenti, in quo cui electio competat, jam traditum est, annexum fuit, utique circa ipsum eligendi jus, & quem effectum istud sortiatur, præsupponendi sunt potius termini habiles, in quibus istud alioqui alterutri competeret, quàm ut contra electionis naturam inde inferre liceat, alterum contradicendo posse, alterum eligentem impedire. Alioqui istud non solùm adversaretur naturæ electionis & arbitrio, quod in præcedenti L. JCtus concesserat debitori solventi, sed etiam repugnaret ei, quod ICtus ibidem dixerat, creditorem tum demum eligere, atq; adeò non accipere posse, quando debitor simpliciter solvit: neq; etiam materiæ subjectæ neq; negocio proposito satis esset consentaneum. Quinimò nisi ponamus casum, in quo creditori aliàs competat electio, frustrà de eo, quo tempore illam exercere deberet, quæreretur, cum non entis nullæ possint esse qualitates. Tantum igitur abest, ut ex illis verbis ICti, *Ut liberum sit creditori non accipere*. hoc desumi possit, quasi debitore eligente creditor contradicere possit, ut potiùs hæc non accipiendi libertas ad eum casum restringenda sit, quo debitor suo tempore planè non elegerat, sed simpliciter solverat, atq; ita eligendi arbitrium ad creditorem translatum fuerat, ut propterea mirum non sit, cur liberum sit ei non accipere. Sic etsi ex illo textu hoc quidem rectè sumatur, si debitore eligente creditor contradixerit, in arbitrio debitoris esse non dare, non tamen inde sequitur electionis ipsi concessæ nullum alium esse effectum, quàm ut hanc non dandi facultatem habeat, & quod propterea hoc saltem modo creditor contradicendo solutionem & liberationem impedire possit: sed hanc tantum habet sententiam, ut debitor si mallet pecuniam suam retinere, quam solvendo creditorem, ut in causam expressam consentiat, adigere, liberum quidem ei sit, non dare: Integrum tamen nihilominus ei sit, in causa à se expressa (si hoc mallet) perseverare, & creditorem ad solutionem accipiendam cogere: quemadmodum ei permissum esse, disertè probatur *in d. l. fin. quib. mod. pign. vel hypoth. solvat*.

Nihil igitur contra manifesta verba illius *l. fin. ex d. l. 2.* colligi poterit, cum præsertim ut dictum est *in d. l. 2.* de eligendi tempore tantum, non autem de electionis effectu agatur. Et ut in pauca conferam, text. *in d. l. 2.* sicuti quatenus de debitore non dante loquitur, eo de casu intelligendus est, quo debitor suo tempore eligeret ita, quatenus de creditore non accipiente loquitur, accipiendus est, quo ipsi competat electio, quando videlicet debitor sine causæ expressione simpliciter solvit: Et tàm non dandi facultas ex parte debitoris, quàm non accipiendi

eligendi ex parte creditoris tantummodò ad exprimendum eligendi tempus, & non ultrà consideratur. Minùs refragatur text. *in d. l. si ego*, Loquitur enim is de obligatione contrahenda, ad quam cum mutuus utriusq; partium consensus requiratur, non mirum si tum, quando in causâ dissentiat, nulla inde oriatur obligatio. Atqui ad liberationem, quam solutio parit, tantum abest, ut consensus creditoris necessarius sit, ut etiam eo invito sequatur liberatio. Multò itaq; minus dissensus in causâ liberationem impedire poterit. Textus verò *in d. l. 3.* eo de casu loquitur, quo solutione à debitore ritè non facta creditor repetere potest id, quod spe futuræ solutionis reddiderat. In proposito verò solutio in causam à debitore expressam legitimè facta fuerat, & liberatio etiam invito creditore inde sequitur. Nullam igitur justam repetendi causam habere poterit debitor. Si enim tum, quando non sequitur liberatio, creditor id, quod solutum erat, retinere, neque à debitore repeti potest, *d. §. si centum, & d. l. si cum aurum.* certè multò minùs repetendi facultatem habebit debitor, liberatione secuta. Consideratio enim Pauli de Castro, quâ distinguit, utrum in id debitum, pro quo retinere vult creditor, sit solutum quippiam, an verò in aliam causam, levior est, quàm ut decisionem illorũ jurium ad eam tantùm causam restringere possit, & ad propositum nostrum planè non pertinet, cum ut dictum est, solutione ista liberetur debitor ab ea causa, in quam illa facta est. Secundum hæc itaque absque hæsitatione concludimus, quod etsi creditor solutionem recipiens in causam à debitore tempore legitimo expressam cõsentire nollet, nihilominus debitor ab illa causâ liberetur, ac propterea id, quod solutum est, repeti non possit, interim tamen non negamus, siquidem creditor potiùs id, quod solutum est, reddere quam permittere vellet, ut liberatio à causa per debitorem expressa sequatur, debitor etiam pecuniam recipere mallet, quàm creditori invito liberationem obtrudere, istud utrique integrum esse, & hac ratione circumducto solutionis actu liberationem impediri. Non itaque assentiendum est Bart. dum *in d. l. 1. n. 8.* ait in casu, quo partes in causa dissentiant, creditorem etiam invitum teneri reddere pecuniam solutam, cum præsertim ibi loquatur eo de casu, ubi debitore simpliciter solvente electio ad creditorem delata erat.

Quin enim hoc casu nullam contradicendi facultatem habeat debitor, & propterea liberatio sequatur ex iis quæ hactenus firmata fuerunt, dubium non est, quo igitur jure pecuniam hanc repetere poterit debitor?

Tum autem demum vera esse poterit hæc doctrina Bartoli, quando debitore volente repetere etiam creditor lubens restituit. Sicut enim ab initio liberum est debitori, si creditor in aliam causam, quã debitor expressit, solutum esse vellet, potius non dare.

Sic & viceversa in casu, quo ad creditorem delata est electio, liberum ei est non accipere, si debitor in causam, quam creditor expressit, non consentiat, *d. l. 2.* Interim hoc teneamus, debitorem, quando ei electio competit, creditoris contradictione invitum cogi non posse, ut vel non solvat, vel solutum repetat potiùs quàm ut à causa, in quam solutum esse volnit, liberetur, ut in declaratione *d. l. 2.* paulò antè dictum fuit. Quin potius tantum abest, ut debitor invitus contradictione creditoris eo adigi possit, ut si creditor solutionem accipere recuset, debitor pecuniam obsignatam deponere possit, & hoc ipso à causa in quam solutum voluit, liberetur, ut *per l. obsign. C. eod. tit. de solut.* clarè docet *Bart. in d. l. cum ex pluribus numero. 1.*

Ex quo

Ex quo etiam magis confirmatur sententia nostra. Si enim tum debitor liberatur à causa ab ipso designata quando creditore non solòm dissentiente in causa, sed etiam accipere recusante pecunia deponitur, certè multò magis liberabitur, quando pecuniam quidem creditor accepit, sed in aliam tantummodò causam solutum esse voluit, Idemq; sensisse videtur *Bald. in l.1.C.eod.* dum ibi *per d.l.fin.quib.mod. pignor.solv.* generaliter concludit, creditorem invitum cogi posse, ut in causam, quam debitor elegit, pecuniam accipiat. Si enim cogi potest, certè non integrum ei erit contradicere.

6 Deniq; † sciendum, debitori hanc eligendi facultatem tum demum competere, quando ipsemet solvit, secus verò quando ex pignore à creditore vendito pecunia redigitur: nam tum ad creditorem distrahentem potius quàm ad debitorem spectat electio, *l.Paulus.§.1. l.ob triginta de solut.(c)* Et de prima regula hactenus.

(c)

7 In † secundo membro hæc constituitur regula: Si debitor simpliciter atque indistinctè solverit, nec dixerit, in quam causam solutum velit, convertitur electio ad creditorem, *l.1.C. eod.* Ejusdemq; arbitrio relinquitur, cui potiùs debito id, quod solutum est, acceptum ferat, *l.1.ff. eod.* Non tamen propterea meræ & liberæ ejus voluntati res permittitur, ut debitori: cum alioqui suum tantummodò commodum in maximum debitoris dispendium respiceret, sed limitatam tantùm habet electionem, & certis circumdatam cancellis.

8 Generaliter † enim res debitoris ita agere debet, ut suam ageret, & propterea, quod solutum est, in id debitũ referre & constituere tenetur in quod ipse, si deberet, esset soluturus, ut ait JCtus *in d.l.1.ff. eod.*

9 Unde † efficitur, quod solutionem in duriorem causam semper acceptam ferre debeat, cum & in sua ita constitueret, *l.3 ff. eod.*

Hinc etiam † speciatim definitum est, eum non in id debitum constituere debere, quod est in controversia, aut in illud, quod quis pro alio fidejusserat, aut cujus dies nondum venerat, ut respondet Jurisconsultus *in d.l. 1.ff. eod.* Quibus verbis literæ depravatio obscuritatem quandam peperit. Nam cum non in vulgatis solùm, sed etiam in Florentinis sic legatur: *Id est in id debitum, quod non est in controversia, aut in illud, quod quis pro alio fidejusserat: aut cujus dies nondum venerat:* Hìc videtur sensus elici quasi solutio in debitum fidejussorio nomine contractum, vel cujus dies nondum venerat accepto ferenda sit, quod disertè pugnat *cum l.3. & 4. eod. tit.* Bartol. igitur post gloss. ibi pro *Aut in illud*, legit *Haud in illud.* Et hanc lecturam probat ex manuscripto Charon. addens in altero in quo, *Aut.* legebatur fuisse additam glossam interlinearem, *Non:* ut appareat scribentem pro iisdem sumpsisse has voces. Et secundum hanc lecturam sensus planus erit. Cujacius tamen *lib.5. obs. cap. 34.* improbata hac lectione putat, transposita negatione ita legendum esse: *Id est, non in id debitum quod est in controversia,* ut illa tàm ad hoc, quàm ad sequentia exemplare feratur motus, quod etiam Græci ita vertunt: ἵνα μὴ εἰς ἀμφίβολον ἢ ἀέρα τὸ ἐξ ἐγγύης αὐτοῦ χρεωστούμενον.

Idq; probat etiam Contius *lib. 1. Disputat. cap. 7. in fin. (d)* & Russard. *in editione sui corporis* monens etiam aliàs in Pand. Florent. particulam non transpositam esse, *ut in l. si servum. in princip. de acquir. hæred. Ut non iterum servus. pro non iterum servus,* Sed cum tàm Bartoli quàm Cujacii lectio commodum eundemq; præbeat sensum, quamlibet ex his eligere quis poterit. Alias præterea qualitates nominum in electione sua observare debebit creditor de quibus paulò pòst in tertio membro di-

bro dicturi sumus. Nam cum jus ipsum optimus rerum arbiter, solutionem indistinctè factam ex qualitatibus illis definiat, eā modo in hanc modò in aliam causam referendo, etiam creditor in cujus, ut dictum, non libero, sed velut in viri boni arbitrio res posita est, eas sequi necesse habebit. Omnes igitur illæ qualitates huc etiam referendæ erunt.

Neque † tamen propterea inanis est hæc eligendi facultas creditori concessa, cū si nulla ex jam dictis qualitatibus jure nostro consideratis inter nomnia subesset differentia, sed omnia æqualia & par eorum esset causa, tum liberam electionem creditor haberet, referendi solutionem in causam, quæ ipsi liberet, *ut not. Dd. in d. l. 1. ff. eod.* cum aliàs si creditor non eligeret, ex omnibus summis pro portione solutum videretur, *l. illud. ff. eod.* Addunt Interpretes alium casum, in quo effectum sortiretur ista eligendi facultas, videlicet quando creditor vellet probare, se debitorem in hanc, quam elegit causam, soluturum fuisse. Tum enim illum audiendum putant, quantumvis aliàs juxta dispositionem juris alia causa eligenda fuisset: Cum LL. tantummodò hoc desiderent à creditore, ut ita rem debitoris agat, sicuti rem suam ageret, interim tamen haud parum de eo laborant an hæc creditoris fatuitas, ut ipsimet appellant, debitori obesse possit. Sed præterquam quod hæc probatio admodum difficilis est, ut credibile non sit, quempiam illam sponte in se suscepturum: Jura etiam non generaliter tantùm requirunt, creditorem in id constituere debere, in quod ipse, si deberet, esset soluturus: verùm etiam speciatim certam creditori præscribant normam, quem is eligendo singulis casibus observare necesse habeat. Non itaq; mihi verisimile fit, creditorem ab hac manifesta juris dispositione probatione liberare se ita posse, ut hanc præscriptam juris normam transilire integrum ei sit. Cum aliàs regulariter contra id, quod ex præsumptione aliqua expresse definiunt jura, quam præsumptionem juris & de jure vocant, nulla soleat admitti probatio.

Hanc autem † eligendi facultatem 12 qualiscunque tandē illa sit, creditor perinde ut debitor in re præsenti, & statim postquā solutū est, exercere debet: postea verò non permittitur *d. l. 1. in fin. & l. seq.* Nam etsi quidam de hoc etiam dubitaverint, verba tamen *d. l. 1. & seq* adeò clara & aperta sunt, ut nullam recipere possint dubitationem.

Istud † sanè non incommodè 13 monet *Bart. n. 7. in fin.* cum electio ad debitorem prius pertineat, creditorem, utrum eligere velit solvens expectare aliquantulum debere.

Præterea † hanc etiam regulam, 14 ut præcedentē declarant Interpretes, ut locum non habeat contradicente debitore, nam tum solutionem & liberationem impediri putant. Sed quia de hoc suprà abundè à nobis actum est, eò remisisse suffecerit: Id tantùm hoc loco observandum, cum jura hanc creditoris electionem adeò coarctarint, ut nullam penè aliam habeat potestatem quàm eligendi, quod aliàs ipso jure definitum est: eò magis mirum est, Interpp. putasse, debitore contradicente hanc electionem impediri posse. Quasi verò permissum esse debeat debitori contradictione sua jus ipsum immutare, ut vel ex hoc magis evidens fiat, quam nulla probabili nitatur ratione opinio illa.

Denique si creditor in casu, quo ipsi electio competit, causam exprimat, cui pecunia accepta ferenda esset, debitor verò neglecto suo eligendi tempore, alio deinde nomine solutum vellet, integrum est creditori vel non accipere, hoc est, in continenti rejicere pecuniam, postquam facultas

eligendi ad ipſum translata eſt, & ita intelligendus eſt textus *in d. l. 2.* ut ſuprà declaravimus, vel pecunia accepta liberare debitorem etiam invitum ut in caſu converſo à nobis dictũ fuit.

15 Tertium membrum † ad eum caſum pertinet, quo in ſolutione à neutro quicquam dictum, ſed illa ſimpliciter facta eſt: cumq; jura ſecundum varias nominum qualites definire ſoleant, in quam cauſam referri debeat ſolutio, latius aliquanto id patet, neq; de eo tantem, in quam cauſam aliquid ſolutum videatur, quàm de ordine & utra alteri potior ſit, deſpiciendum, ante omnia autem conſiderandum eſt, utrum tale ſit nomen, quod peti & exigi poſſit. Nam ſi alterum debitum naturale tantum ſit, in iſtud minime ſolutum videtur, *l. ſi is cui. §. fin. de ſolut.* Sic non id, quod in controverſia eſt, ſed in liquidum tantum debitum, ſolutio referenda eſt, *d. l. 1.* Item ſi in nominibus, quæ diem & conditionem habent, alterius dies venerit, alterius verò non, in id ſolutum videtur, cujus dies venit *l. 3. eod.*

Et hanc qualitatem cæteris præponendã eſſe, non ſolùm ipſa convincit ratio, cum nemo præſumatur id ſolvere, à cujus exactione vel tempore, vel alia ratione tutus eſſe poterat, quæcunq; aliàs debiti illius qualitas fuerit, *l. cum de indebito. de probat.* ſed etiam ex eo apparet, quod Ulpianus poſtquam *in d. l. 1.* de debito, quod non eſt in controverſia, & cujus dies nondum venerat, dixerat, demum *in ſeq. l. 3.* cauſam duriorem conſiderat. Secundo loco in pluribus nominibus, quæ præſenti die debentur, attendendum, utra cauſa gravior ſit. Semper enim id, quod ſolvitur, in graviorem ſive duriorem cauſam ſolutum videtur *d. l. 5. de ſolut* Gravior autem cauſa non uno modo dicitur, neq; ſine ordine, ſed ſuos etiam habet gradus.

16 I. Gravior † dicitur ratione famæ, ideoq; potius in id, quod ex famoſa cauſa, quam ex non famoſa debetur ſolutum videbitur, *l. ſi quid ex famoſa. & l. cum ex pluribus de ſolut.* (e) Monet tamen *Bartol. in d. l. cum ex plurib. nu. 2.* eam cauſam, quæ vel membrum vel vitam hominis attingit, famæ eſſe præferendam, *arg. l. 1. de bon. eor. qui mort. ſibi conſciv.* (f)

II. Gravior † dicitur ratione pœnæ 17
vel alterius augmenti, quo creſcit obligatio. Ideoq; in eam potius cauſam, quæ pœnam continet, ſolutio facta cenſetur *d. l. ſi quid ex famoſa. & d. l. cum ex plurib.* Sic & ex cauſa, quæ inficiatione creſcere ſolet, *d. l. ſi quid ex famoſa.* Refertur huc etiam cauſa uſuraria, ut in illam prius quàm in debitum ſine uſuris contractum, intelligatur quis ſolvere: ut ſenſit *Bartol. in d. l. cum ex plurib.* (g)

Notandum † tamen eſt, quod 18
Bart. docet, & alii non explicant, circa hanc cauſæ gravitatem ipſam tantùm qualitatem aggravantem obligationem, non autem quantitatem reſpiciendam, & propterea licet una cauſa majorem pœnam, item *majores* uſuras contineret quàm altera, non tamen propterea gravior eſſe intelligatur, *per text. in l. ſi ex plurib. §. fin. eod.* Nam & aliàs quantitatis ratio, & quod unum debitum majorem ſummam contineat altero, gravior eam cauſam non reddere neq; aliquam ſolutionis differentiam inducere ſolet, *l. ſi in duab. de reg. jur.*

III. Gravior † etiam dicitur cauſa reſpe- 19
ctu ſatisdationis, ideò id, quod ſub hypotheca vel pignore ſive datis fidejuſſoribus debetur, potius intelligitur ſolutum eo, quod ſine ſatisdatione debetur, *l. & magis. 4. d. l. in iis in princ. & d. l. cum ex pluribus de ſolut.* (h)

Et has tantummodò qualitates circa cauſæ gravitatem JCtos conſiderare, & eum, quem jam recenſuimus, ordinem inter illas conſtituere, cum ex aliis reſponſis, tum præſertim *ex d. l. cum ex pluribus*, manifeſtum eſt, eorum igitur veſtigiis meritò inſiſtimus.

Poſt

Post † causæ gravitatem tertio loco considerandum est, utrum proprio vel alieno nomine debeatur: semper enim quod quis suo nomine debet, potius solvisse censetur, quàm quod pro altero fidejussorio sive alio nomine debet, *l. 1. & l. 3. & d. l. cum ex pluribus.* Et quamvis Bart. ibi hanc etiam qualitatem inter causas graviores referat, tamen JCtos eam ab illis distinxisse, dilucidè apparet *ex l. 1. junct. l. 3.* Ulpianus enim postquam dixerat, non esse in id constituendum, quod quis pro alio fidejusserat, deinde aliam qualitatem separatam à præcedentibus designans *in l. 3.* Hæc res (inquit) efficit, ut in duriorem causam semper videatur sibi debere accepto ferre. Non igitur illam causam huc referre voluit. Sic etiam Papinianus *in d. l. cum plurib.* postquam tres causas enumerasset, quæ graviorem causam reddant, hanc velut planè novam speciem subjungens, Post hunc, inquit, ordinem potior habebitur propria quàm aliena causa,

1 Ex † quo etiam simul apparet, hanc causam minimè ante alias jam enumeratas, sed demum post illas considerandam esse, ut etiam rectè sensit *Bart.*

(i) *in l. d. cum ex plurib.* (*i*) Non itaq; verba JCti satis perpendisse videtur *Brisson. de solut. lib. 1. circ. fin.* dum certos gradus faciens, statuit, ante omnia in id, quod proprio nomine debetur, pecuniam solutam videri, & tum demum considerandum, utra causa pœnalis vel famosa sit. Cum tamen post has causas demum illud perpendendũ sit.

Neque refert, quod alibi Jurisconsulti sæpius alterum altero præposuerint, *ut in l. 1. & in l. 3. & in l. si quid ex famosa.* Nam cum in illis locis non causam cum causa conferant, sed eo tantum respiciant, quæ causa efficiat, ut in illam prius solutum dicatur, & propterea de ipso causarum ordine inter se non laborent, *in d.* autem *l. cum ex pluribus*, is ordo ex professo & perspicuè tradatur: utique in aperto est omnia alia responsa ex hoc interpretationem recipere & propterea hunc potissimum ordinem te- 22
nendum esse.

Quartò † exactionis etiam ratio facit, ut alterum debitum alteri sit præferendum, ideò si quid ex causa judicati & aliud non judicati debetur, id solutum existimatur, quod ex causa debetur judicati, ut ait ICtus *in d. l. si quid.* Ex quo generaliter notat *Bart. in d. l. cum ex pluribus*, in id debitum videri prius solutum, quod paratam habet executionem: sentiens hanc qualitatem post reliquas demum (k)
jam enumeratas considerandam 23
esse. (*k*)

Quod † si verò nihil horum interveniret, sed omnia debita similia essent, tum quintò antiquitas debiti attendenda & in antiquiorem causam solutum videbitur, *in d. l. in his in princip. & d. l. cum ex pluribus.* Antiquior autem causa non ex contractus tempore, sed ex solutionis die & ex eo, uter prius venerit, æstamanda, *ut per l. si ex pluribus. §. fin. eod. tit. docet Bartol. in d. l. cum ex pluribus.* (*l*)

Tandem † si par & dierum & (l)
contractuum causa sit (ut ait JCtus, 24
his vocabulis omnes præcedentes (m)
qualitates complectens) tum sexto loco (*m*) ex omnibus summis pro portione solutum videtur, & in quamlibet causam pro rata solutio referenda est, *d. l. illud. & l. pupilli. §. pen. l. cum ex plurib. in fin. eod.* Ex hisce igitur qualitatibus jam commemoratis & ordine iisdem præscripto, non erit difficile secundum varias occurrentes factorum species dijudicare, in quam causam pecunia soluta accepto ferenda sit, & hanc rationem eundemq; ordinem, postremo tantũ casu excepto, etiam creditor in sua electione, de qua in præcedenti membro dictum fuit, observare tenebitur:

Cum ei non liberum, sed boni

viri arbitrium eatenus tantum permittatur, ut secundum juris definitionem constituat, quæ potissimum obligatio solutione tollatur. Atque hæc quidem in pluribus diversis nominib. æquè principalib. ita sese habent.

25 Quando v.† de uno & eodem debito, quod partim sortem principalem, partim verò usuras continet, quæritur, in quam causam solutio facta referenda sit, hæc traditur regula: Id quod solvitur, prius in usuras, & deinde quod superfuerit, in sortem accepto ferendum esse, *l. in tit. §. Imperat. & § fin. de solut. l. 1. C. eod. tit. l. si usuras. C. de usur.* Idq; propter manifesta verba LL. in se quidem expeditum est, sed quæ ejus sit ratio, dictu non ita proclive est.

Certum est enim, siquidem solutio in sortem referretur cursum usurarium impediri, neq; usurarum nomine, quæ residuæ manent, quicquam amplius peti posse, *l. fin. C. de usur.* Cum è contrario quoties in usuras tantùm accepto fertur, usuræ porrò currant, atque indies ferè augmentum recipiant: ut propterea longè magis è re debitoris foret, siquidem in sortem prius, quàm in usuras, solutum videretur. Et cum in facti quadam specie debitor, qui ultra centum millia floren. debuerat, & particulatim magnam pecuniæ summam diversis temporibus solverat, fuit posita ratione animadversum, si in sortem solutio priusquam in usuras referenda esset, tum debitorem longè plus quàm sortis & usurarum nomine debuerat solvisse, atq; propterea superfluum, sicut instituerat, repetere posse à creditore. Cum viceversa si prius usuris cedere deberet pecunia soluta, illa vix sortē & usuras debitas exæquaret. Durior itaque & gravior videtur esse causa sortis, utpote quæ usuras parit, quàm usurarum sui natura steriliū, & quod consequens est, potiùs in sortem, quàm in usuras referenda videtur solutio, *juxta regulam d. l. 3. de solut.* cum præsertim appareat, ICtos in hac re definienda eam potissimum secutos fuisse rationem, secundum quam verisimiliter existimarunt diligentem debitorem negocium suum gesturum fuisse, *d. l. cum ex pluribus.* Bartol. quidem *in d. l. 1.* ex hac ipsa consideratione admittit, duriorem causam esse sortis quàm usurarum, sed existimat, ICtos rationem, secundum quam in duriorem causam solutio facta censetur, tantummodò secutos fuisse in debitis æquè principalibus, secus verò quando de debito principali & accessorio quæritur, idq; in odium debitoris, qui passus est sua mora currere usuras, & hoc tanquam verius sequitur Paul. de Castr. (n) (n)

Sed hanc rationem rectè improbat Immola, cum usuræ non semper ex mora, sed quandoque etiam ex stipulatione debeantur absque mora debitoris, ut notatur *in l. lecta si cert. pet. & in l. hujusmodi. de verborum obligationib.* Præterea credibile non est, Jureconsultos ita omnem penitus immutasse rationem, ut qui in aliis speciebus semper ad commodum debitoris respexerint, in hac tantummodò eum prægravare voluerint: Alii igitur id ex eo provenire putant, quoniam creditor particularem solutionem non recipere, neque adeò sortem absque usuris accipere tenetur, *l. tutor. § Lucius. de usur.* Et hanc rationem secuti fuerunt *Salic. & Fulgos. in d. l. 1. C. eod.* Sed ut etiam Immola animadvertit, hæc ratio ante solutionem perceptam tantummodo rectè consideratur postea verò attendi amplius nequit. Cum interim in proposito de eo agamus, in quam causam referenda sit pecunia jam accepta. (o) (o)

Quinimò debitorem sortem absq; usuris solvere posse, & creditorem etiam invitum illam recipere debere, proba-

probari videtur *in l. creditor. §. 1. de solut.* ubi JCtus respondet, si is, qui dabat in sortem se dare dixisset, usuris non debere proficere. Potest igitur debitor solvendo sortis causam exprimere, & creditorem, ut in eam, quam ille dixit, invitum cogere posse, suprà firmatum est Facit huc etiam text. *in d. l. si usuras. C. de usur.* arguendo à contrario sensu.

(p) (p) Nec obstante *d. §. Lucius*, quoniam JCtus ibi eo de casu loquitur, quo non sors integra soluta & obsignata erat, ut etiam in summario declaratur. Quidam igitur ejus hanc causam esse putant, quia usuræ soluta sorte amplius peti nequeunt, *l. 4 C. de posit.* Hanc etiam meritò rejicit Immol. cum usuræ ex stipulatione debitæ absque sorte principaliter peti possint, Alias rationes recenset Immol quas quia partim leves sunt, partim ab eodem refutantur, hic referre libenter supersedemus, Qualiscunque tandem ejus sit ratio, quia tamen jura satis sunt manifesta, in illis acquiescendum omninò est. Non enim omnium, quæ jure nostro tradita sunt, exacta potest dari ratio.

5 Usque adeò † autem vera est ista conclusio, ut etiamsi creditor pecuniam accipiens caverit, se in sortem & usuras ejus accipere, tamen prius in usuras, & si quid superest, in sortem referendum sit, *l. in his §. fin. cum l. seq. de solut.* Qui text. etsi eò tantùm de casu loqui videantur, quo tàm sortis quàm usurarum facta mentione dubium est, utrum alteri præferre voluerit creditor, atque propterea in hoc casu dubio meritò juris ratio usurarum solutionem præferens potiùs quàm Scripturæ ordo attendatur. Brissonius tamen illos etiam ad eum casum accommodat, quo creditor expressè scripserat, se in sortem accepisse, post deinde in usuras. Quia, inquit non in arbitratu creditoris est, ut in eã, quæ libuerit, obligationem pecunia convertatur, sed hoc tantùm ei permittitur, ut secundum juris definitionem constituat, quæ potissimum obligatio solutione tollatur.

Atqui ex tacita solventis voluntate lex statuit, usuris prius proficere simpliciter solutam pecuniam, quàm sorti. Eam igitur juris interpretationem sequi creditor necesse habet. Idq; confirmatur ex illis verbis Jurisconsulti, quibus ejusmodi cautionem in sortem & usuras ea tantùm lege admittit, ut prius in usuras cedere debeat. Hoc enim ipso satis innuit, quod si expressè sortis solutionem usuris prætulisset creditor, cautionem ejusmodi non admittendam. Quare invito debitore ne solutionis quidem tempore creditor in sortem referre poterit pecuniam solutam.

Est † tamen hoc intelligendum de usuris, quæ peti & exigi possunt, non autem de illis, quæ naturaliter tantùm debentur, neque peti possunt, 27
utputa solo pacto promissæ (q) Nam etsi pecunia nominatim in eas etiam usuras soluta repeti non posset, simpliciter tamen soluta ex arbitrio creditoris in eas imputari non potest. *l. in his §. Marcellus. de solut.* (q)

Ideoq; † cum apud nostros constitutione provinciali usuræ in concursu plurium creditorum peti non possint, priusquam omnium sors soluta sit: certè solutio à debitore facta in usuras non esset referenda, siquidem id in præjudicium aliorum creditorum, quorum interest, cederet, nisi fortè solutio eò tempore facta esset quo aliis creditoribus nullum adhuc esset jus quæsitum. Et hæc ita in solutione ab ipso debitore facta procedunt. Quid autem juris sit in precio redacto ex pignore, distracto, item in compensatione (r) videndus est 28

(r) *Bart. in d. l. cum ex pluribus. & Imol. in d. l. 1. de solut.*

ADDITIO

Simonis Ulrici Pistoris, Hartm. F.

(a) Hinc tradunt, quod creditor, qui pecuniam in causam, ob quam debitor eam solvit, non imputat, spoliare dicatur debitorem, *ut post Bart. in d. l. 1. de solut. commun: sentire Dd. testatur Bologn. in l. vinum. n. 22. si cert. pet.*

(b) Hoc communiter teneri testatur *Fab. de Ann. cons. 30. nu. 3.*

(c) De hoc *Hieron. Gabriel. cons. 48. vol. 2. & Fab. de Anna cons. 30. nu. 11. cum seq.* ubi plures allegat.

(d) Vehementer hallucinatur *Joan. Leunclav. lib. 2. not. n. 90.* dum ex Græcis duplicem negationem ponendam contra Contium statuit, unde sensus absurdissimus quasi solutio in debitum imputari debeat, quod est in controversia, sequitur. Nec ratio, quam adducit, quasi nimirum durior causa sit ejus, quod est in controversia, quã liquidi, quicquam valet. Non enim hoc respectu duriorem causam consideravit Ulpian ut mox dicetur.

(e) Copiosè *Menoch. lib. 3. præsumt. 136. n. 1. & 2. Surd. decis. 186. num. 4.* multos allegans.

(f) Sequitur *Menoch. d. l. n. 3.*

(g) Et probat *Menoch. d. l. n. 4.*

(h) *Menoch. d. præsumpt. 136. n. 6. & 7. Surd. cons. 290. n. 15. Hieron. Gabr. cons. 48. in princ. vol. 2.* ubi elegans casus ad ampliat. hujus conclus. ut procedat, etiamsi pro parte tantum fidejussor datus sit, pro parte non: nihilominus enim id, quod solutum est, in partem pro qua fidejussor datus est, imputatur; cui tamen contradicit *Fr. Vivius decis. 379. n. 9.*

(i) Idem innuit satis clarè *Menoch. d. præsumpt. 136. n. 8.*

(k) Huc pertinet debitum ex instrumento Guarentigiato quod ad graviores causas rectè retulit *Menoch. d. præsumpt. 136. n. 7.* quo etiam hoc caput pertinet. Est enim gravior causa, quæ magis urget solutionem, adde *Surd. decis. 186. n. 5. & seq. Joan. Baptist. Laderch. cons. 162.*

(l) Et *Menoch. d. l. n. 10. & 11.* omninò *Surd. d. decis. 186. nu. 5. & 7.*

(m) Aliàs quatuor gradus addit Menoch. *sæpe dicto loco*, qui tamen ad superiores referri possunt.

(n) Sequitur *Surd. cons. 290. num. 61.* ubi tamen ait, Hoc in aliis debitis accessoris non procedere, sed specialiter in usuris propter moram statutum esse. Idem tenet. *Joan. Bapst. Ladrech cons. 142.* ubi consuluit solutionem prius in sortem, quàm in interesse factam censeri. Vide omnino, ubi etiam aliter declarat.

(o) Nihilominus tamen vera manet hæc ratio. Nam etsi jura in solutionibus imputandis commodum debitoris plærunq; respiciant; Creditorem tamen simpliciter accipientem, ita gravare noluerunt, ut id, ad quod expresè cogi non poterat, tacitè egisse videatur. Cum itaq; sortem sine usuris accipere non teneatur, utiq; iniquum esset, in sortem imputationem fieri omissis usuris.

(p) Idem vidit *Fab. de Anna cons. 30. num. 2.* communem tamen in contrarium esse fatetur, & in responsionibus ad hunc text. variè se torquet.

(q) Nec de iis, quæ nondum liquidæ sunt, *Vincent. de Anna. alleg. 112. part. 2. Fab. de Ann d. cons. 30. n. 8. & 13.*

(r) De hac *Anton. Cioff. cons. 62. n. 3.* & omninò *Surt. decis. 186.*

QUÆ-

QUÆSTIO XXII.

DOMINUS DIRECTUS AN ET QUATENUS VASALLOS INVITOS alienare possit.

SUMMARIA.

1. *Dominus vasallos invitos alienare non potest, ne quidem in æque idoneum aut potentiorem n. 2. ne quidem consentiente majore parte vasallorum, n. 3. Quatenus posteris per consensum majorum præjudicetur n. 5. Adeò ut dominus invitis vasallis alienans feudi proprietate excidat secundum quosdam quod refutatur n. 6. Limit. quando dominus curiam vendit n. 7. quod latè declarat. Et quidem totam non partem n. 8. Et tunc etiam in dominum inferiorem transferre eam licebit n. 9. Vasalli tamen jure non imminuto n. 11. Item quando necessitas urget n. 12. quæ probanda n. 13. salvo iterum jure vasalli n. 14. Fall. in domino qui jura Principis habet n. 15. Fall. in subinfeudatione n. 16. Fall. in dominio Emphyteuseos n. 17. Fall. si consuetudo aliud induxerit n. 18.*

4. *De libertate minuenda quando agitur, major pars non præjudicat minori.*

5. *§. 1. Præterea Ducatus in c. Imperialem de probib. feud. alien. vera lectio defenditur.*

10. *Opinio posteriore loco in feudali jure relata, non semper approbata censetur.*

1 JUris est indubitati, dominum jus, quod in vasallos habet, sive directum dominium, atq; † adeò vasallos sine eorum consensu alienare non posse, ut probatur *in c. 1. §. ex eadem lege. de l. Corradi. & in c. 1. §. si quis, quia temp. miles. & in c. 1. §. præterea Ducatus. de prohib. feud. alien. per Fred.* Nam etsi jura hæc de feudi tantùm alienatione loquantur, ex quo videri alicui posset, illa de alienatione ejus juris, quod vasallo competit, accipienda esse, quemadmodũ de eo dubitationem movet *Andr. de Isern. in d. §. præterea Ducatus. vers. nec dominus feudi, in pr.* Tamen illa de jure proprietatis, sive directo dominio intelligenda esse, liquidò apparet ex verbis *d. §. ex eadem lege*, dum ibi respondet JCtus, vasallum, cujus feudi partem dominus vendiderat, pro parte vendita nõ emptori servire, sed per priorem dominum totum beneficium recognoscere debere. Si enim partem feudi venditam non ab emptore sed à priore domino recognoscere debet, utiq; in aperto est, non jus ipsius vasalli, sed jus tantùm domini venditum fuisse: Cum si jus vasalli alienatum esset, istud à nullo amplius recognoscere teneretur. Rectè itaq; in hanc sententiam jura illa interpretari, & inde generalem hanc doctrinam collegerunt omnes Feudistæ ibi. Ejus hanc potissimùm afferentes rationem, quoniam dominus & vasallus æquo jure censentur, *c. 1. ad fin. de nov. form. fidel.* Par igitur est, ut quemadmodum vasallus utile dominium, sine consensu domini non alienare, neq; alium dominum recognoscere potest, *c. Imperial. de prob. feud. alien. per Fred.* Ita nec etiam dominus directum dominium alienare, & vasallo invito alium dominum obtrudere valeat. Quemadm. enim domini interest, ne præter voluntatem suam alium vasallum recipere cogatur, *c. 1. §. similiter, de l. Corradi. c. 1. in fin. de duob. fratrib. de nov. benef. invest.* ita etiam vasalli plurimum refert, ne dominus mutetur,

d. §. *praterea Ducatus.* Idem sensit *gl. communiter approbata in l. inviti ut. de fideicommiss. libert. & in cap. dilecti. de major & obedient.* quam sequuntur *Hostiens. Innocent. Joan. Andr. Anton. de Butr. Panormit. & Felin. ibi Bart. Bald. Alex. Jas. & alii in l. 2. solut. matrim. Bald. Salicet. Paul. de Castr. Jason. & Dec. in l. debitorum. C. de pact. & in l. si non sortem. §. libertus de condict. indeb. Angel. Jas. & Gomes. in §. item Serviana. Instit. de actionib.* De facto etiam consulti secundum hanc doctrinam responderunt *Bald. in consil. 327. pridie enim consului vol. 1. Roman. cons. 26. Paul. de Castr. consil. 20. in causa istorum n. 5. & consil. 70. n. 6. & consil. 335. n. 2. vol. 1. Corn. consil 321. in hac quaestione, vol. 4. Socin. sen. in consil. 39. in quaestione vol. 1. Decius consil. 181. & consil. 564. n. 5. Curt jun. consil. 174. n. 17. Paris. consil. 22. n. 70. & consil. 23. n. 101. & seq. vol. 1. Ruin. consil. 1. col. 5. vol. 4. Ripa lib. 2. responsor. cap. 25. Alciat. consil. 167. n. 1. Nevizan. consil. 12. inter consil. Brun. Grat. consil. 147. vol. 2. Cravett. consil. 341. Menoch. consil. 264. n. 29. & 30. & consil. 426. Pancirol. consil. 65. n. 3. & consil. 119. n. 8. & alii citati à Bursat. consil. 160. n. 1. & seq.* (a)

(a) 2 Ampliatur conclusio ista, ut locum etiam habeat, licet dominus † jus feudi in aequè idoneum vel potentiorem transferre vellet. Nam etsi Jacob. de Aren. *in l. 2. princip. solut. matrim.* generaliter scriptum reliquerit, quando conditio vasalli non fieret deterior, quod tum vasallus etiam invitus consentire teneatur; cujus Alex. ibi hoc tradit exemplum, quando jus vasallagii in aequalem vel majorem transfertur. Idq; sensit etiam *Afflict. decis. 265. n. 32.* & multis probat *Hippolyt. de Marsil. in l. 1. §. cum quidam In 1. col. de quaestion.* Contrà tamen quod nec etiam hoc casu alienatio invito vasallo valeat, rectius sensit *Ioan. Fab. Instit. de assignat. libert. n. 4. Salicet. in l. 1. n. 2. C. de novat. & post Jacob. de Belvis.* quem refert *Henric. Boic. in c. fin. de feud. Gomez. in d. §. item Serviana. n. 49. Instit. de action. & Fernand. Vasq. lib. 1. controvers. illustr. c. 5. nu. 6.* (b) neque ab hac opinione fuit (b) alienus *Alex. d. l. 2. solut. matrim.*

Nam licet primò referat opinionem Jacobi de Aren. tandem tamen generaliter concludit, non nisi cum universitate vasallum in alium transferri posse. Sic etsi *Matth. de Afflict. in d. § ex eadem lege. in 1. & 4. notab. n. 5. & 13.* concludat, alienationem vasalli valere, quando facta est in aequalem vel potentiorem dominum: tamen ibidem de peculiari Mediolanorum consuetudine loquitur, atq; interim *n. 1. post Andr. de Isern.* tradit, ubi consuetudo non est introducta, potius servandam esse generalem L. Corradi. Et haec ita se habere optimè probatur verbis *d. §. ex eadem lege.* Nam cum ibi referatur contra L. Corradi Mediolani esse peculiari consuetudine introductum, ut jus feudi aequali aut majori domino vendere liceat, utiq; in aperto est, L. Corradi hoc permissum non fuisse, neq; adeò in aequalem dominum feudum alienari potuisse. Meritò igitur haec opinio communiter approbata est, ut testatur *Ursil. ad Afflict. decis. 265. n. 36.*

Deinde † usq; adeò procedit doctrina haec, ut si pluribus vasallis venditis major pars consentiret, hoc tamen minori non praejudicaret, ut inviti consentire tenerentur, sed nihilominus integrum cuilibet esset contradicere, ut sensit *Andr. de Isern. in d. § praterea Ducatus. vers. nec dominus feudi. nu. 47.* dum *in versic. imò videtur,* ait, quod omnes subditi possint allegare, quasi intersit omnium, ne Princeps convertatur in gravamen eorum. Et pluribus firmat *Nevizan. d. cons. 12 num. 116.* quem refert & sequitur *Gomez. in §. item Serviana n. 41. Instit. de actionib. & prolixius Menoch. cons. 426. n. 37.* 3

Quando † enim de minuendâ libertate agitur, major pars regulariter praejudicare non solet minori, ut post alios 4

alios tradit *Jas. in l. jurisgentium. §. hodie autem. n. 8. vers. 13. limita de pact.* quam doctrinam ad propositum accommodavit *Gabr. lib. 3. de jure quæs. non tollend. conclus. 8. n. 8.*

5 Quinimò † etiamsi omnes consensissent, hunc tamen eorum consensum posteris non præjudicare, *post Paul. de Castr. cons. 70. Quia frustra nu. 6. vol. 1. docuit Nevizan d. cons. 12. nu. 115.* quem refert & sequitur *Menoch. d. cons. 426. nu. 40.* Verùm hoc optimè declarat *Bursat. d. cons. 160. n. 57.* ut locum duntaxat habeat in personis singularibus, quæ sangvinis & generis tantùm habent successores, quibus factum defunctorum aliàs obesse non solet, *quemadmodum in his terminis loquitur Paul. de Castr.* secus verò in aliis successoribus, qui factum defunctorum præstare tenentur, præsertim verò in communitate sive universitate. Nam cum illa nunquam moriatur, sed semper eadem manere intelligatur, licet personæ mutentur, *l. proponebatur, ubi not. Dd. de judic.* ideò consensus semel ab universitate adhibitus omnibus eorum successoribus præjudicabit, ut post alios firmat *Natta consil. 589. nu. 15. Rimin. jun. cons. 6. n. 103. & seq.*

Præterea alienationem hanc adeò interdictam esse domino plerique voluerunt, ut quemadmodum vasallus
6 sine † consensu domini feudum alienans jure suo cadit, ita etiam dominus alienationem istam invito vasallo suscipiens, proprietatem feudi amittat, ut sensit *Jacob. de Ardiz. de feud. cap. 135. §. Meritò ergò sicut vasallus. Andr. de Isern. in d. § ex eadem lege. in princ.* quem sequitur *Alvarot. Præposit. & Petr. Ravennat. ibi Felin. in d. cap. dilecti. de majorit. & obed. Curt. jun. in tractat. feud. part. 6. n. 4. & cons. 174.* ubi opinionem hanc veram & communem esse ait, *& post eum Clarus in §. feudum. quæst. 28.*
(c) *nu. 3.* (c) Moti potissimùm, quoniam dominus & vasallus ad paria judicantur.

Contrarium tamen tenuit *Bald. in c. si quis quo temp. mil.* quem sequitur *Afflict. ibi.* Et sententiam istam optimis rationibus defendit *Baro Schenck in d. §. ex eadem lege.* & eius vestigiis insistens *Sonsbec. de feud. part. 13. n. 181.* Neque dubium est, quin sententia ista verior sit, tum propter rationes ab hisce adductas, tum propter text. *in d. §. ex eadem lege.* Disertis enim verbis ibi respondet JCtus, feudi parte à domino alienata, vasallum illam non ab emptore sed à priore domino recognoscere debere: qua quidem recognitione opus planè non esset, si dominus jure suo privandus foret.

Nec quicquam refert, quod JCtus ibi de cõsuetudine Mediolanensi verba facit: Loquitur enim eo de casu, quo neq; etiam juxta consuetudinem valebat alienatio, atq; adeò illa cum omni feudorum jure conveniebat. Ad rationem verò ab aliis consideratam, rectè Baro Schenck respondet. Non ita æquo jure censeri dominum & vasallum, ut non magna etiam inter ipsos subsit diversitatis ratio. Vasallus enim cum à domino beneficium acceperit, eo inscio vendere non potest, quin ipsum contemnat, atq; adeò gravius peccat. non mirum igitur cur gravius puniatur. Nullum enim, inquit, dubium est, quin ad reverentiam exhibendam quod attinet, vasallo venerabilior dominus sit habendus, quàm vice versa, *c. fin. vers. salva reverentia. de milit. vasall. qui contum. est c. unic. versic. quomodo enim vasallus, in quib. caus. feud. amit.* & plures casus, in quibus domini ratio habetur diversa, à vasallo colligit *Afflict. in decis. 265.*

Cæterum conclusio † hactenus firmatur, uti locum non habeat, quando dominus feudum sive jus suum, 7
quod in feudo habet, vendit unà cum curia, i. e. cum re sive castro, à quo feudum dependet. Curia siquidem, ut Cujacius *de feud. libro 1. tit. 1. §.*

notan-

notandum est, existimat, dicitur domus, castrum, palatium vel prætorium, à quo feudum proficiscitur, *& juxta Hottoman. de verb. feudal.* quandoque latius usurpatur pro territorio & finibus ejus domini, cui vasalli subsunt. Integrum autem esse domino, ut cum curia jus vasallagii vendat, sensit *Jacob de Ardiz. de feud. c. 135. §. meritò ergo sicut vasallus Bald. in l. 1. n. 9. C. commun. de legat. & in d. §. ex eadem lege.* quem sequitur *Panormitan. in c. auditis. nu. 21. de præscript. & in consil. 3. quæst. 22. vol. 2. Alex. cons. 25. n. 21. vol. 5.* (d) Sed hoc loco advertendum, quoniam JCtus *in d. §. ex eadem lege.* refert, Mediolanenses à L. Corradi prohibente alienationem feudi recessisse, & peculiari consuetudine introduxisse, ut feudum cum curia alienari possit: Diversum igitur Lege Corradi & jure communi feudorum sancitum atq; dispositum videtur, & quod consequens est, ut diversitas ista consistat, hoc jure neque etiam cum curia feudum alienari poterit. Idq; perspicuè docet *Andr. de Isern. ibi. n. 9. in fin.* qui postquam dixerat, quod Baro vel Comes totam Baroniam suam vendere possit, secundum usum Mediolanensium subjungit, hic usus servabitur ubi est, aliàs ubi non est, servabitur Lex Corradi, ut sicut vasallus non vendit nec alienat domino invito, ita nec dominus vasallo invito. *Isern.* secutus est *Alvarot. Præposit. & Afflict. ibi.* Id quod de feudo cum curia vendito dicitur ad usum Mediolanensium pariter restringentes. Hoc etiam sensit Martin. Laudens. dum ex illo textu secundum consuetudinem tantùm notat, quod feudum transeat cum curia. Quibus adstipulatur *Ripa lib. 2. respons. cap. 25. nu. 12.* inducens pro hoc textum *in d. §. ex eadem lege.* ut paulò antè dictum fuit: & firmatur hæc opinio ex eo, quod pleriq; Interpretum *in cap. 1. de Capitan. qui cur. vendit.* ejus quod ibi habetur, vendita curia feudum ad illam pertinens venditum non videri, nisi nominatim dictum sit, hanc tradunt rationem, quoniam dominus feudum invito vasallo vendere non potest, ut sensit *Andr. de Isern Alvar. & Præpos. ibi.* Nam hoc ipso satis innuunt, ne q; etiam cum curia feudum vendi posse. Meritò igitur de limitatione ista dubitavit *Felin. in d. c. dilecti.* & opinionem negativam de jure forsitan veriorem esse, ait *Natt. cons. 367. n. 5.* (e)

Utut hæc sese habeant, non propterea recedendum ab opinione Bald. quæ & optimis juris rationibus subnixa & crebriori Interpretum calculo est approbata. Non solùm enim juris feudalis textus, ut suprà dictum est, de alienatione feudi tantùm loquuntur, sed & lex Corradi, unde jus istud descendit, & quæ habetur inter LL. *Longobardi sub tit. de beneficiis & terris tributar, l. fin.* beneficii duntaxat alienationem prohibet. Insuper, inquit etiam, omnibus modis prohibemus, ut nullus senior de beneficio suorum militum cambiam aut præcariam aut libellum sine eorum assensu facere præsumat: Atqui certum est, feudum ipsum, sive jus quod in eo habet dominus, vasallagii jus dictum, plurimum differre, & rem planè diversam esse à curia domini. Non igitur ea, quæ de feudis disposita sunt, ad ipsam curiam pertinere poterunt, sed cum illius alienatio nullo jure interdicta sit domino, & rei suæ quilibet sit moderator & arbiter, integrum erit domino illam pro libito alienare. Quo dato, sequitur etiam, omnia, quæ ad illam pertinent, sive quæ ab ea dependent, & quod consequens est, etiam feudum, quod inde profectum est, tanquam accessorium unà in alium transferri. Alio qui enim cum juris vasallagii ab ipsa curia dependentis sine illa nullus sæpè vel exiguus posset esse usus, daretur facultas vasallis impediendi dominum, quò minùs pro libito de re sua disponere possit. Cum tamen verisimile

mile non sit, cum beneficium concedendo tàm duras sibi leges imponere voluisse, ut de curia sua tanquam de re propria liberam amplius disponendi facultatem non habeat. Quamvis igitur inter dominum & vasallum quædam sit reciproci nexus similitudo, potiùs tamen existimandum, illam tantisper considerandam, quantisper res in eodem statu permanserit, & dominus curiā, cujus respectu feudū concessit, retinuerit, ac proptereà illum unà cum curia feudum alienare posse, quàm ut inde contra omnem juris rationem inferendum sit, dominum propter feudum concessum curiam etiam invitum retinere debere. Quibus optimè convenit ratio ab Interpretibus communiter considerata, quæ docet, multa cum universitate accessoriè venire, quæ per se concedi non possent, *l. 1. de fund. dot. l. quædam. de acquir. rer. domin. l. in modicis. de contrahent. empt.* Sicut & jus patronatus, quod per se tradi non potest, cum universitate transire solet, *gl. l. si operarum. de oper. libert. & in c. piæ mentis 16. q. 7.*

Probat hanc sententiam præterea textus *in c. 1 de Capit. qui cur. vend.* Nam dum JCtus ibi respondet, in venditione curiæ beneficium non contineri, nisi expresè de eo actum sit, utiq; satis testatum reliquit, unà cum curia beneficium vendi posse, cum alioqui non sufficeret, de eo actum esse, sed insuper etiam voluntas vasalli necessaria esset, atq; adeò sine hac frustrà, utrùm de eo actum sit, considераretur. Nec quicquam impedit, quod Interpretes ejus responsi hanc volunt esse rationem, quia sine vasalli voluntate feudum alienari non potuit: Hæc enim ratio ad responsum istud accommodari nequit, priusquam eam veram esse ostensum fuerit: alioqui eodem errore illa huc translata erit, quo asseritur, & illam non solùm à mente JCti alienam esse, sed etiam consistere nullo modo posse, ex eo manifestum est, quoniam si absq; voluntate vasalli cum curia feudum alienari non potuisset, JCtus non tàm hoc, utrùm de eo actum sit, quàm hanc ipsam voluntatem vasalli considerasset: cum aliàs neq; etiam tum, cum de eo actum esset, feudum vendi potuisset, & proptereà nihil prorsus referret, utrùm de eo actum esset nec ne: quod tamen JCtus potissimùm considerat. Non obstat etiam, quod JCtus *in d. §. ex eadem lege.* hoc etiam ad consuetudinem Mediolanensium referat. Nam etsi consuetudo illa in quibusdam à lege Conradi recesserit, videlicet quando sine curia feudum venditur, non tamen inde sequitur, illam in omnibus huic legi adversari: neq; etiam quicquam impedit, quò minus in curiæ alienatione cum jure communi conveniat, præsertim cum *ex d. tit. de Capitan. qui cur. vend.* liquidò appareat, communi feudorum juri hoc esse consentaneum. Justa igitur de causa Baldi sententiam præter suprà citatos secuti fuerunt, & secundum eam feudum cum curia alienari posse, existimarunt *Roman. cons. 26. in fin. Jas. in l. si non sortem. §. libertus. n. 27. de condict. indeb. Decius cons. 61. n. 1. in fin. Paris. cons. 22. n. 81. vol. 1. Rub. Alex. cons. 96. Fabian. de Mont. de empt. & vendit. quæst. 3. princ. 11. quas n. 18. Zas. de feud. part. 7. in fin. Molin. in consuet. Paris. §. 1. gl. 4. n. 25. Roland. à Vall. cons. 1. n 88. vol. 1. Natt. cons. 367. num. 4. Cephal. cons. 549 n. 40. Jul. Clar. de feud. q. 28. n. 2. Borthold. de feud. c. 8. nu. 137.* qui omnes hoc communi Interpretum calculo approbatum, & usu etiam receptum esse testantur. Quinimò iidem hanc doctrinam extendunt, ut non solùm locum habeat, quando dominus cum curia vasallos vendit, quo de casu jura feudalia loquuntur; sed & quando retenta curia aliàs territorium, cui vasalli adhærent, universaliter alienat: ut ex eorum Scriptis manifestum est.

Decla-

8 Declaratur † autem hæc limitatio, ut locum duntaxat habeat, quando dominus unà cum curia totum jus suum, quod in feudo habuit, alienat, nec quicquam sibi retinet: nam si partem feudi vendere, partem verò sibi reservare vellet, hoc sibi permissum non esset, cum vasallus plures dominos pro uno agnoscere non teneatur, *juxta regulam §. præterea Ducatus. c. Imperialem. de prohib. feud. alien. per Freder.* Idque probatur disertè *in d. §. ex eadem lege*, si modò Cujacio auctore veram secuti fuerimus lectionem. Is enim ex veteri libro monet, dempta negativa legendum (dum tamen totum alienet) quo dato, verba ista hanc sententiam liquidò probabunt. Et sanè ab antiquis libris negativam abfuisse *ex Jacob. de Ardiz. Andr. de Isern. & Alvarot.* apparet, dum ex illis verbis colligunt, Baronem vel Comitem totam Baroniam suam minori vendere posse nihil sibi retinendo. Nisi enim affirmativè legissent hæc verba, ex iis hoc minimè desumere potuissent, sed contrarium potiùs probarent. Confirmatur præterea lectio ista ex eo, quod in princip. dicitur, secundum consuetudinem Mediolanensium sine curia beneficium etiam totum rectè alienari. Si enim absq; curia totum feudum alienari potest, certè nulla justa suberit causa, cur non cum curia etiam totum feudum rectè alienetur, atque adeò verba illa, si negativè legerentur (dum tamen non totum alienatur) omni probabili ratione destituerentur: cum præsertim ratio paulò antè considerata, quæ prohibet, ne vasallus in varios distrahatur dominos, exigat, ut totum feudum potiùs quàm pars ejus vendatur. Cavendum est itaq; *à Sonsbec. de feud. part. 13. n. 184.* qui vulgatæ lectioni inhærendo putat, ibi de eo potissimùm quæri, an sicut olim vasallus partem feudi poterat vendere, ita etiam domino hoc integrum sit. Tum verò hoc denegari domino si sine curia vendat partem feudi, & tum demum permitti, quando cum curia vendit feudum addita restrictione, dum tamen non totum alienat. Partem verò feudi ideò magis quàm totum alienari posse, opinatur, quia olim etiam vasallo partem tantùm feudi, non autem totum alienare permissum erat. Hæc enim ejus interpretatio pugnat cum regula, quæ docet, vasallum invitum plures dominos pro uno agnoscere non debere. Nam qua ratione illa prohibet, ne vasallus in plures dominos distrahatur, eadem etiam ne pars feudali alienetur, cavet, ac permittit potiùs, ut totum feudum quàm pars ejus vendatur. Quin etiam adversatur illi, quod in principio dicitur, sine curia feudum etiam totum alienari non posse, ut proximè à nobis fuit consideratum. Potiùs igitur vitiosam illam lectionem *Isern. Alvarot. & Cujac.* gravissimos auctores secuti emendabimus. Nam tum omnia plana erunt.

Sed † an tum, quando cum curia feudum alienatur, istud etiam in dominum inferiorem invitis vasallis transferre liceat, non ita in proclivi est: cum ipsi juris hujus auctores ea in re dissenserint. Obertus enim hoc ei permissum esse existimavit, Gerardus verò denegavit, ut refertur *in d. §. ex eadem lege.* Quod si strictam juris rationem suprà consideratam perpéderimus, illi magis videtur esse consentanea sententia Oberti. Nam cum alienatio curiæ domino nullo jure sit interdicta vel etiam coarctata, sed pro libito de ea disponere possit: Feudum verò ipsius curiæ, à qua dependet, alienationem, si dominus ita voluerit, sequatur, rectè inde colligitur, quemadmodum nihil obstat domino, quò minùs curiam ad quemvis sive æqualem sive inferiorem transferat, ita etiam cum illa feudum ad quemlibet transire, semper enim accessorium naturam sui principalis sequitur potiùs, 9

quàm

quàm ut hæc ex illo immutari debeat: & dictum est suprà, reciproci illius nexus similitudinem, quæ inter dominum & vasallum intercedit, ejus efficaciæ non esse, ut dominum impediat, quo minùs curiam liberè queat alienare. Adjuvat hanc considerationem, quod JCtus *in tit. de Capit. qui cur. vend.* eo in casu, cum quo curia feudum venditur, non distinguit, an in æqualem, an verò inferiorem transferatur, sed alienationem hanc, modò actum sit, generaliter permittit. Quinimò si etiam cum curia feudum in æqualem tantùm alienari posset, JCtus juxta Mediolanensium consuetudinem frustrà distinxisset inter feudi alienationem sine curia & cum hac susceptam, ut vel ex hoc verisimile fiat, cum Oberti sententiam magis approbasse, & secundum illam casus hosce distinguere voluisse. Non enim hunc textum esse Oberti, sed potius alterius cujusdam ICti, ipsa diversorum auctorum relatio ostendit, & sensit Cujacius, dum eum inter titulos lib. 4. retulit, qui ex variis & incertis auctoribus constat.

10 Neque † etiam rarum est in jure feudali, ut opinio reprobata posteriori loco referatur, quemadmodum *arg. c. 1 de his qui sibi & hæredib. suis. & in c. 1. §. similiter de leg. Corrad animadvertit Camerar. in c. Imperialem. mihi pag. 246.* Interim tamen non negamus, Gerardi opinionem æquiorem esse, & ait *Cujac. lib. 1. tit. 22. in veteri libro ad d. §. eadem.* Gerardi sententiæ confirmandæ causa addita fuisse hæc verba: Et hoc Mediolani judicatum est, & sic ibi obtinet, ut non valeat, nisi fiat æquali. In quibusdam curiis Longobardiæ Oberti opinio valet, ut cum curia cuivis feudum totum dominus vendere possit. An autem hujus incertæ additionis auctoritas tanta sit, ut propterea ab opinione Oberti, & rationibus pro ea consideratis recedendum sit, aliorum erit judicium, cum præsertim & illa tantùm diversarum curiarum consuetudinem referat.

Est præterea † id quod de feudo cum curia alienando dictum est, sanè intelligendum, hoc eatenus esse permissum domino, ut nihilominus vasallus eadem sit conditione apud novum domnum, qua ad priorem fuit, ut declarat *Jacob. de Ardiz. d. c. 135. §. meritò ergò sicut vasallus.* ubi postquam dixerat, dominum cum curia beneficium ubiq; concedere alii posse, subjungit: studeat tamen, ut servet conditiones quibus dominus est obstrictus. Et de prima limitatione hactenus. 11

Secundò regula nostra feudorum alienationem dominis prohibens limitatur, ut non † procedat, quando dominus justa vel probabili de causa, utpote necessitate exigente, vel remunerationis, vel aliam similem ob causam alienationem hanc suscipit; nam tum etiam invitis vasallis dominum jus, quod in feudo habet, alienare posse, sensit *Bart in l. si is qui § fin de pignorib. Joan. Andr. in addit. ad Specul. tit. de feud. vers. 30. quæritur. in verb alienare. Jacob. de Ardiz. de feud. c. 135. § Meritò ergo sicut vasallus. in fin. Alvarot. in § præterea Ducatus. num. 3. Præposit. in d. §. ex eadem lege. in princip. Alex. in l. 2. solut. matrim. Felin. in d. c. dilecti. de major. & obed. Curt. jun de feud. part. 6. nu 3. Gomez in § item Serviana nu. 44. Instit. de action. Joan. de Anan. in cons. 81. visis instrumentis. vers. est etiam advertendum. Barbat. cons. 11. num 5. vol. 2 Socin sen cons 4. num. 11. vol 3. & multis firmat. Jas. cons 227. in 8. fundamento vol. 2. Natt. cons. 367. num. 14. Bursat. cons. 160 num. 78. Marrabrun. ub Anguill. cons 55. nu. 80. (f)* (f) 12

Et quamvis contrarium defendere conatus fuerit *Igneus in l. donationes quas divus. C. de donat. int. vir. & uxor.* quem sequitur *Nevizan. d. cons. 12. num. 9.* in quam opinionem etiam aliqua affert *Cravett. cons. 241. in responsione ad 5. argumentum.* priorem tamen sententiam magis communiter receptam esse ex au-

ex auctoritatibus adductis apparet, & eandem contra Igneum defendit Vasquius *lib. 1. controverſ. illuſtr. c. 5. num. 12.* distinguens inter subditum & vasallum. Unde etiam colligitur, vasallum & dominum non ita semper æquo jure censeri, quin domino plus quàm vasallo quandoq; liceat. Nam vasallus feudum ne quidem ex causa necessitatis vendere potest, cum domino hoc permissum sit. Neq; sanè mirum, potiùs enim vasallus à domino beneficium, quàm hic ab illo quicquam accepisse censetur, ut ibidem consideravit *Vaſquius num. 9.* Idq; eò facilius admittendum videtur, quoniam hîc non de jure alteri auferendo vel minuendo agitur: quo casu plurinum laborant Interpretes, utrum ex causa liceat: sed tantum domino, ut de jure proprio liberius disponere possit, permittitur. Cur enim non hoc contra strictam juris rationem probabilis aliqua causa præstare possit, nihil sanè impedit: Modò de hac
13 causa † aliter, quàm ex simplici assertione domini appareat, ut docet *Grat. in d. conſ. 147. in fin. vol. 2. Gravett. in d. conſ. 341.*

Restringit etiam limitationem
14 istam Felin. ut † eatenus duntaxat locum habeat, ne interim conditio Vasalli alienatione ista deterior reddatur; quam sequitur auctor *addit. ad deciſ. Tholoſan. 435.* & refert *Gabr. lib. 3. de jur. quæſt. non toll. concluſ. 1. num. 12.* Hoc tamen non de eo incommodo intelligendum erit, quod vasallus ex ipsa domini mutatione sentit. Nam cum nunquam non ejus interesse putetur, quoties dominus mutatur, certè si propterea etiam ex causa vasallum alienare non posset, nusquam locus esset limitationi suprà adductæ, & quod consequens est, cum major sit habenda ratio doctrinæ communiter approbatæ, quàm declarationis à Felino additæ, illa hanc penitus everteret. Ut igitur utriq; locus sit, potiùs Felini restrictio eo de casu intelligenda, quando præter incommodum, quod domini mutatio secum affert, jus vasalli proprium deterius redditur, ut is non sit eadem conditione apud dominum novum, qua fuit apud priorem, quemadmodum in fine primæ limitationis dictum fuit. Non enim facilè causa tanta esse potest, ut propterea alteri jus suum auferre vel diminuere liceat.

Tertiò limitatur regula in princ. firmata, ut † non procedat in eo do- 15
mino, qui jura principis habet. Hunc enim de plenitudine potestatis, qua præditus est, vasallos etiam invitos in alium transferre posse, *ſenſit Joan. de Anan. in conſil. 81. viſo inſtrum. & ibi Bologn. in addit. Socin. ſen. conſil. 4. num. 19. vol. 3. Jaſ. conſil. 227. vol. 2. Pariſ. conſil. 23. num. 104. vol. 1. Natt. conſil 367. num. 8. Roland. à Vall. conſil. 1. num. 89. vol. 1. Gabriel. in d. loco num. 18. (g)* Et licet (g)
contrà nitatur *Nevizan. d. conſil. 12. nu. 129. & 141. & ſeq. & Cravett. d. conſil. 241.* loquuntur tamen eo de casu, quo Princeps subditis suis promiserat, se illos alienare nolle, atq; adeò ex proprio contractu devinctus erat. Non igitur mirum, cur à propriæ obligationis nexu etiam potestate absoluta eximere se non queat. Cum hac potestate sua contrà quàm jus ac fas est, minimè abuti debeat, *l. relegatis de pœnis. l. nec cauſas C. de appellat. cum aliis in hanc ſententiam copioſius adductis à Nevizan. & Cravett. in locis citatis & Riminald. jun. conſil. 45.* qua de re à nobis etiam aliquid dictum fuit *quæſt. 40. part. 2.* At in proposito de eo tantùm agitur, quemadmodum Princeps jure suo proprio, quod in feudo habet, contra strictam juris rationem liberius utatur. Quantumvis igitur potestati ejus frena ita laxanda non sint; ut quicquid libet, liceat: non tamen ita coarctari poterit, ut de summo jure quicquam remittere, & de re propria disponendi facultatem liberiorem sumere integrum ei non sit.

Est

16 Est præterea quarto loco † pro limitatione hujus regulæ observandum, quod etsi dominus jus suum, quod in feudo habet, invitis vasallis alenare nequeat, nihilominus ei permissum sit, istud alteri in feudum concedere & subinfeudare, penes se retento dominio directo, *ut sensit Bald. in prælud. feud. in 1. divisiọn. feudi num. 32. & ibi etiam Afflict. nu. 120. qui in hanc sententiam citat. Abb. in consil. 3. quæst. 26. vol. 2. idem tenet Afflict. in d. §. ex eadem lege. num. 4. Jas. in consil. 227. col. 2. vers. Quintò facit. vol. 2 Sigismund. Loffred. in d. §. præterea Ducatus Cephal. consil. 155. n. 12. Cravett. cons. 411. num. 23. Bursat. consil. 160. nu. 85.* Et licet *Vasquius lib. 1. controv. illustr. cap. 4. num. 9. & cap. 5. nu. 3. & Menoch. d. consil. 426. num. 29.* contrà nitatur, non tamen propterea ab hac limitatione recedendum, tum quia communiter recepta, tum propter rationes à Cravett adductas.

Quintò doctrina ista locum non habet in domino Emphyteuseos. Nam

17 hunc † jus suum etiam invito Emphyteuta pro libito alienare posse, *sensit Speculator in tit de locat. §. nunc aliqua. versic. 93. quem sequitur Joan. de Immol. in c. potuit. in gloss. 2. locat. Jas. in l. fin. C. d. jur. Emphyt. Rip. lib. 2. Responsor. cap. 25. n. 1. & num. 14.*

Deniq; quæ de prohibita alienatione vasallorum hactenus dicta fue-

18 runt, illa † secundum jus commune tamen nihil impedit, quo minùs consfeudorum ita obtinent, interim tasuetudine introduci possit, ut vasallos etiam invitos alienare liceat. Nam cum jus ipsum feudorum ex consuetudine proveniat, contrario etiam usu facilè tollitur, *Idq; in specie docuit Abb. in c. auditis. de præscript. Felin. in c. dilecti. col. 2. de majorit. & obed. Jas. consil. 23. n. 101. vol. 1. Socin. jun. cons. 94. n. 29. vol. 2. Natt. consil. 367. n. 17.* (h) Quinimò non (h) defuerunt, qui hanc ipsam juris feudalis dispositionem generali consuedine jam sublatam esse asseruerunt, Hoc n. post *Bald. in d. §. ex eadem lege profitetur Decius in l. debitores C. de pact. Cephal. consil. 549. n. 38. & Marcabrun. ab Anguil. consil. 55. nu. 78. veruntamen Bald in d. loco* non de alienatione vasallorum, sed de alienatione jurisdictionis loquitur, & contra juris civilis rationem introductum esse ait, ut alienari possit: ut proinde Decius, & qui eum sequuntur, auctoritate ejus abusi videantur. Rectius igitur peculiarem consuetudinem ad hoc requirunt alii suprà citati, *& præter. eos Ripa. lib. 2. respons. cap. 25. num. 17. & Nevizan. cons. 12. num. 118. Cravett. consil. 241. col. 14. Menoch. consil. 264. num. 66. & consil. 377. in fin. & consil. 426. numer. 32.* ubi etiam pluribus explicant quæ ad ejusmodi consuetudinem introducendam sint necessaria. *(i)* *(i)*

ADDITIO

Simonis Ulrici Pistoris, Hartm. F.

(a) Adde *Pet. Heig. quæst 19. num 13. part. 1.* ubi materiam hanc ex professo tractat, *Cacheran. cons 49. n. 7.*

(b) *Cacheran. cons. 49. n. 8.*

(c) Latè *Heig. d. quæst. 19. num. 15.*

(d) Latiss. *Cacheran. cons. 49. n. 2.*

(e) In eadem hæsitat & variè se torquet *Cacheran. cons. 49. n. 21. cum. seqq.* qui videndus

(f) Latè *Heig. d. quæst. 19. nu. 17. & seqq.* ubi de permutatione ex utilitate & commodo tàm dominorum quàm vesallorũ instituta *Cav. com. opin. q 532.*

(g) *Cacheran. cons. 49. n. 19.*

(h) *Heigius d. quæst. 19. n. 44. Cacheran. cons. 49. n. 4.*

(i) Vide etiam *Cachreran. d. cons. 49. n. 25. & seqq.*

QUÆSTIO XXIII.

SI LINEA, AD QUAM FEUDUM IN DIVISIONE PERVENIT, PLANE DEFICIat, an reliquæ lineæ omnes æqualiter, admittantur, an verò graduum prærogativa servetur? ad explicat. *c. 1. de nat. success. feud.*

SUMMARIA.

1. *Feudum quod semel ad lineam aliquam pervenit, in ea manet quamdiu aliquis ex ea linea extat reliquis exclusis, & quæ sit ratio. Etsi interim ea linea in diversas fibras divisa sit n. 2. Quid si linea illa tota deficiat n. 4. & per tot.*
3. *In feudi successione ad communem cum defuncto stipitem respiciendum potius quam ad primum acquirentem.*
5. *Dictio æqualiter paritatem juris ostendit & graduum prærogativam excludit vide num. 32.*
6. *Proximitas primi acquirentis non ultimò defuncti in feudorum successione consideratur. quatenus tamen & hæc respiciatur num. 10. de quo num. 30. 41. Quid in feudo hæreditario? n. 13. cum seqq. Contrarium firmatur num. 32. cum seqq. & opinio quorundam distinguentium refutatur num. 31. Auctoritates adducuntur num. 33. Contraria examinantur nu. 34. & seqq. Declaratur nisi pacta investitura repugnent n. 37. Idem obtinere in feudo ex pacto firmatur. n. 45.*
7. *In feudis non ultimo defuncto sed primo acquirenti succeditur. Quid in feudo hæreditario n. 13. n. 31. Et mixto, n. 16. Declaratur. n. 39.*
8. *In feudo antiquo ratione primi acquirentis omnes dicuntur descendentes. Declaratur. n. 40.*
9. *Jus repræsentationis in linea descendenti in infinitum obtinet, in collateralib. autem ultra fratrum filios non extenditur. n. 26.*
10. *Proximitas gravantis non gravati in fideicom. attenditur. Et licet alii contra sentiant n. 42. declaratur tamen n. 12. sed vide n. 43. melius n. 44.*
11. *A fideicom. ad feudum valet argumentum*
14. *In feudo hæreditario sufficit quem esse hæredem primi acquirentis mediantibus antecessoribus suis etiam repudiata hæreditate defuncti. n. 15. Alii tamen requirunt ut sit hæres ultimi n. 46. Declaratur n. 47.*
16. *Feudum mixtum Vulteio & aliis quid sit.*
17. *In feudorum successione gradus secundum jus Longobardorum computantur secundum quosdam. Et objectionibus Cothomanni & aliorum respondetur n. 18. Communis tamen opinio est in contrarium. num. 24. & seq. de quo num. 48.*
19. *In judicando & consulendo omissis subtilitatibus communis sententia sequenda præsertim quando ea consuetudine est corroborata n. 20. & maximè in feudalibus. n. 21.*
21. *Consuetudo potius in feudis quam jus scriptum attenditur.*
22. *Successiones feudales secundum jus civile regulantur.*
23. *In successione deferenda semper persona ultimò defuncti attenditur, & huic proximior succedit.*
25. *In feudorum successione gradus secundum jus civile non Canonicum computantur ex communi; & fratris filius succedens patruo excludit alterius fratris nepotes. n. 27.*
28. *Fratrum filii soli in feudis succedentes in capita non in stirpes succedunt.*
29. *In feudorum successione proximior semper excludit remotiorem exceptis fratribus & fratrum filiis.*
30. *c. 1. De nat. suc. feud. explicatur.*
35. *Dd. obiter & perfunctoriè loquentes numerorum in recensendis auctoritatib. non faciunt, sed præferuntur qui materiam ex professo tractant. n. 36.*
38. *Cravett. cons. 951. refutatur.*
49. *Jus Longobardorum penitus hodiè sublatum.*

Quan-

QUando de feudi successione inter collaterales quæstio incidit, illud inter omnes constat, etsi primi acquirentis potissima habenda sit ratio, adeò ut omnes ex eo descendentes admittantur; quoties tamen feudum post primi acquirentis obitũ, divisione facta, uni ex descendentibus ejus obvenit,
1 tum † id in linea ad quam pervenit, perpetuò hærere, & ad descendentes ejus porrò transmitti, neque ad alias lineas transire, donec aliquis ex ea linea, ad quam in divisione pervenit, extat: text. est manifestus *in c.1. de nat. succ. feud.* atque id omnes Feudistæ veteres & recentes tùm alibi tùm in locis Paulò pòst citandis uno ore tradunt, neq; est qui in re aperta dissentiat. Rationem verò ejus hanc esse volunt, quoniam licet omnib. à primo acquisitore descendentibus ex pacto ejus jus quæsitum intelligatur, quia tamen is, qui divisione facta consensit, ut feudum alteri obveniat, hoc ipso juri suo respectu ejus ad quem feudum pervenit, renunciasse atque id in illum transtulisse censetur, quippe cùm divisio alienationis species sit, *l. 1. C. com. utriusq. judic. l. 2. de fund. dot.* unde meritò tàm is, quàm qui ab eo descendunt, ad successionem amplius non admittuntur, quamdiu ille, qui in divisione feudum consecutus est, & descendentes ejus, supererunt: prout hanc rationem post alios prolixius explicat *Joan Marc' Aquilin. in repet. § & quid si tantùm in princip. num 175. & seq. l Gallus. de liber. & posthum. & Petr. Anton. Angusol. consil. 8. libr. 1. in matr. feud.* (a)

2 Idq; † adeò procedit, ut si tractu temporis linea ejus, ad quem feudum in divisione pervenit denuò in alias fibras diducta & propagata sit, & in divisione feudum ad unam eorum rursus perveniat, eaque postea deficiat, tum pars deficientis ad fibras ab eo descendentes ad quem feudum ex prima divisione pervenit, devolvatur, exclusis reliquis lineis, quæ licet à primo acquirente provenerint, communem tamen cum ultimo defuncto stipitem non habent. Unde hoc casu non tàm ad primum acquirentem, quàm ad communem cum defuncto stipitem respectus habetur ut probatur *in capit. 1. §. his deficientibus. de grad. succ.* & multis firmat *Angel. consil. 100. num. 7.* generaliter concludens successionem feudalem in stipite fundari, idque pluribus ostendi *quæst. 1. numero. 25. lib. 2.*

Sic † etiam quando linea seu posteritas ejus, cui feudum ex divisione obvenit, penitùs cum omnibus fibris deficit, tum iterum ad communem stipitem tàm lineæ deficientes quàm aliarum linearum superstitum, quæ successionem prætendunt, ascendendum, & siquidem præter primum acquirentem alius communis parens superest, in hoc subsistendum nullâ aliarum linearum ex primo acquirente originem ducentium habitâ ratione, quod si alius communis parens non superest, tum demum ad primum acquirentem necessariò transeundum atque tunc omnes aliæ lineæ, quæ ab eodem parente descenderunt, & communem cum linea deficiente stipitem habuerunt, ad successionem admittendæ sunt, ut disertis verbis probatur *in c. 1. de nat. success. feud.* cum ait, Sed omnibus ex hac linea (ad quam feudum in divisione pervenit) deficientibus, omnes aliæ lineæ (videlicet à primo acquirente tanquam communi stipite descendentes) æqualiter vocantur. Et per text. hunc idem docent omnes interpp. Idq; tàm in feudo ex pacto & providentia, quàm in hæreditario obtinet. Licet enim in feudo hæreditario quis magis ultimò defuncto quam in feudo ex pacto succedere intelligatur, tamen in hoc ipso etiam feudo hæreditario illi tan- 3

tùm succedunt, qui communem cum defuncto stipitem habuerunt, ut declaravi *quaest. 1. numero. 12. 47. 48. & 97. lib. 2.*

Sed hîc difficultas ex eo incidit,
4 quod etsi (ut dictum est) lineæ † quædam à primimo acquirente aut communi stipite pariter descendant, sæpè tamen eveniat, ut graduum computatione facta quidam in una linea existens gradu proximior; sit defuncto quam alii, qui etsi gradu remotiores sint, nihilominus tamen eundem cum illa linea, ex qua is ortus est, qui gradus proximitatum allegat, communem stipitem sortiuntur. Quæritur itaq;, utrum is tantùm, qui gradu proximior est, admitendus sit, an verò lineæ omnes ex communi stipite descendentes nulla prærogativa gradus ratione habita? In hac verò controversia potissimum versatur text. *in d. c. 1. de nat. success. feud.* ubi disertis verbis habetur, quod linea possessoris penitus extincta, omnes aliæ lineæ Æqualiter vocentur.

5 Dictionis † enim hujus proprietas omnes simul vocans ordinem successorium & gradus prærogativam penitùs excludit, *l. interdum. in princip. de hared. instit. l. qui cum plures. ubi Bart. de vulg. & pup. Jas. in l. fin. num. 9. C. de impub. & aliis substit. Clarus in §. testamentum. quaest. 80. num. 2.* Ideoq; per illum text. in hanc sententiam, nullam videlicet hoc casu graduum prærogativam considerandum esse, responderunt *Signorol. de Homod. cons. 12. circ. fin. & cons. 93. int. cons. feud. Alb. Brun. Jo. Campeg. cons. 11. num. 17. & ibid. cons. 72. Goneus uti cum appellat Tiraq. de utroq; retract. tit. 1. §. 11. gl. 6. num. 2. & sensit Joseph Cumia. in repetit. c. si aliquem. verb. proximior. n. 28. Constit. reg. Sicil.*

6 Confirmatur † deinde hæc sententia ex eo, quod à plerisq; receptum est in feudorum successione proximitatem non respectu ultimi possessoris defuncti, sed respectu primi acquirentis considerandum esse, ita sensit *Bald. vel potiùs inter consilia ejus Philipp. de Cassat. cons. 137. num. 1. vol. 2. Calderin. cons. 13. tit. de feud. Ang. cons. 110. Rub. cons. 85. in fin. Paris. cons. 2. num. 47. & cons. 3. n. 6. & 38. vol. 1. & cons. 65 n. 21. vol. 3 Natta cons. 128. n. 5. Tiraq de retract. tit. 1. §. 11. num. 19. Didac. pract. quaest. cap. 13. col. 4. vers. sed ille text. Menoch. cons. 124. n. 41 Decian. cons. 93. num. 8. vol. 3. Joseph Cumia. in repetit. c. si aliquem. in verb. defuncto. nu 3. Aquilin. in d. §. & quid si tantùm. in princ n. 175. & 176. de lib. & posth. Pet. Ant. de Petr. de fideicomm. quaest. 11. n. 60. & Peregrin. de fideicomm. art. 51. nu. 59. & hanc sententiam multis defendit Cravett. cons. 950. per tot. eandem sequitur D. Gail observat. 149. nu. 2. & observat. 154. num. 2. lib. 2. & novissimè Vultejus de feud. lib. 1. cap. 9. num. 112. vers. proximitatem autem.*

Idq; probatur alia communi Interpretum calculo recepta doctrina,
† qua traditur, in feudis non ultimo 7
defuncto sed primo acquirenti succedi, *c. 1. ubi Dd. de feud. March. glos. in c. 1. verb. fratres & ibi Prapos. in §. & quia. num. 16. qui feud. dar. poss. Isern. in c. 1. § hac quoq; in 5. notab. de success. feud. Bald. in c. 1. num. 2. de success. fratr. Jas. in l. is potest num. 36. de acquir. hared.* usq; eo, ut etiamsi feudum per mille manus ambulaverit, semper tamen ultimus agnatus primo acquirenti succedere intelligatur, ut ait *Angel. in cons. 110. numer. 7 in c. 1. num. 14 de feud. March. Paris. cons. 65. num 20. vol. 3.* Non enim curamus, quo tramite feudum descendat sed quod sit primum ejus principium & prima radix & fundamentum, ut ait *Bald. in c. 1. num. 2. de eo qui sibi & hared. suis masc.* Et in feudo succeditur, non ut ex nunc, sed ut ex tunc. i. e. ut tempore primæ investituræ, ut declarat *Colleg. Bonon. inter cons. Curt. sen. cons. 50. col. 9. & 10.* quod refert *Paris. in d. cons. 65. num 19. vol 3. Cephal. cons. 4. num. 46. Decian. cons. 117. num. 34. & plurib. explicat. Marin. Frecc. de feud. lib. 3. tit. de differ. feud. ex pact. & hared. differ. 1. num. 2.*

Ideoq;

8 Ideoq; † in feudo antiquo habito respectu ad primum acquirentem omnes dicuntur descendentes, *ut docuit Jacob. de Belvis in c. 1. de feud. March. quem sequitur Afflict. ibi num. 14. & Curt. jun. de feud. part. 1. quæst. 8. num. 7. & probat Thomas de Marin. de feud. tit. 2. n. 18. Clar. in §. feudum. quæst. 79. num. 3. in fin.* inquiens, hoc casu non propriè dici, quod agatur de successione collateralium, sed de successione ascendentis delata virtute primæ investituræ. Idem sensit *Wesenbec. de feud. cap. 6. num. 19.* inquiens, collaterales pro descendentibus haberi: Et hoc novissimè tuetur *Vultejus de feud. lib. 1. cap. 9.* ubi *num. 102.* ait, quod inter eos, qui à primo acquirente descendunt, sit successio non tàm ob id. quod se invicem agnatione attingant, quàm quod à primo acquirente descendant: Nam successio in feudo ita comparata est, ut æstimetur ex primo acquirente non ex proximè defuncto, sed primo acquirenti succedi dicatur, cui successurus non est in linea collaterali sed descendenti. *Et nu. 104. vers. Quod igitur*, subjungit, quod dicitur, si feudum sit antiquum, nec defuncto sint liberi superstites, proximam successionem esse collateralium, id dicitur non Jurisconsultorum, sed vulgi more & opinione, quam JCti ita interpretantur, & ad terminos juris reducunt, si successurus à primo acquirente sit progenitus, quod nihil aliud est, quàm quod dixi collateralem collaterali, ex natura successionis, feudo à consuetudinibus feudalibus datæ, non succedere sed descendentem ascendenti.

Hoc igitur stante, porrò inde consectarium est, quod etsi unus ex his, qui ad successionem lineæ defunctæ adspirat, gradu remotior sit, quàm alii in reliquis lineis, ex eodem stipite descendentibus, quia tamen hoc casu ad primum acquirentem, cui potissimùm succeditur, habetur respectus, atq; adeò de successione descendentium in linea recta agitur, hoc ipso, repræsentationis jure, in locum patris sui ingrediatur, & hac ratione unà cum reliquis alterius lineæ communem cum ipso stipitem habentis, ad successionem admittendus sit.

Nam quoties descendentes † succedunt ascendentibus in linea recta, tum filius semper in locum patris sui ingreditur, & jus repræsentationis in infinitum locum habere solet, ut probatur *in §. 1. vers. si tamen in auth. de hered. ab intestato venient. & in §. item vetustas. §. ita tamen. Instit. de hared. quæ ab intestat. defer. & sensit gl. in §. multis. Instit. de success. libert.* quam sequuntur *Port. & Jas. ibi Salicet. in auth. post fratres. in fin. C. de suis. & legit. Alvarot. in c. 1. hoc quoq; num. 4. in fin de his qui feud. dar. poss.* ubi ait, quod in successione descendentium per lineam rectam successio extendatur in infinitum, quia semper filius succedit in locum sui patris præmortui, *Decius cons. 79. col. 1. & cons. 217. Curt. jun. cons. 22. num. 2. & cons. 154. num 8. Gozad. cons. 50. nu. 5. Rub. cons. 82. col. fin. Paris. cons. 30. num. 38. & seqq. vol. 2. Socin. jun. cons. 116. nu. 9. vol. 1. Didac. pract. quæst. 38. nu. 5. vers. nonò seclusis. Gabriel. lib. 4. de success. ab intestat. conclus. 1. nu. 18. Portius cons. 55. num. 37. Joseph. Cum. in c. si aliquem. in verb. gradu. num. 15.* ubi hanc opinionem veriorem & communem dicit *Hanneton. de feud. lib. 2. cap. 6. & complures alii citati à Cephal. in cons 156. nu. 21. & cons. 156. nu. 2. & cons. 189. n. 42. Petr. Ant. de Petr. de fideicomm. quæst. 11. n. 83.* qui omnes hoc communiter receptum esse testantur. Et hæc videtur esse ratio, cur *in d. c. 1. de natur. success. feud.* omnes lineæ æqualiter vocentur, quia videlicet, ut dictum est, in feudis ad primum acquirentem tantùm habetur respectus, & omnes ab eo descendentes illi succedere intelliguntur, atq; adeò propter jus repræsentationis eundem successionis gradum obtinent. *(b)* (b)

10 Non desunt † quidam, qui existiment, in feudorum successione proximitatem ultimò defuncti potiùs quàm primi acquirentis considerandam, *arg. c.1.vers. his ergò. de success. frat. Borcholt. de feud. part. 2. n. 84.* ea tamen opinio sententiæ huic non obstat, siquidem utrumq; simul consistere potest, ut & ultimò defuncti & primi acquirentis proximitas respicienda sit. Ultimò defuncti quidem eatenus, ut sciatur, in qua linea feudum extiterit, & quisnam cum illo, secundum ea, quæ superius dicta sunt, communem agnationis stipitem habuerit: quippe cum ii soli admittantur, qui ultimò defuncto per communem stipitem conjuncti sunt. Communi autem stipite invento non amplius proximitas ultimò defuncti, sed tantummodò idenditas stipitis inspicitur, & omnes ex eodem stipite descendentes admittuntur, prout hanc doctrinam declarat Vult. *de feud. tab. 1. c. 9. num. 112. vers. quod si prior illa sententia.* ubi ait, Proximitas lineæ æstimatur ex proximè defuncto, proximitas gradus autem in ista linea æstimatur ex primo acquirente.

Eidem sententiæ illud tertiò non mediocriter suffragatur, quod etiam in fideicommissis eandem succedendi rationem videamus observari. Nam quod etiam in his proximitas tantummodò respectu testatoris gravantis, non autem respectu gravati ultimò defuncti, consideranda sit, senserunt *gl. Bartol. & Dd. in l. cum ita. §. in fideicommisso de legat. 2. Bald. in l. peto. §. fratres eod. tit. Jas. cons. 215. n. 2. vol. 2. 1. & cons. 159. nu. 1. vol. 4. Decius cons. 1. & cons. 546. col. fin. Ruin. cons. 198. n. 9. vol. 2. & cons. 142. n. 15. vol. 3. Alciat. cons. 102. n. 7. & 8. Socin. jun. cons. 168. n. 70. vol. 2. Didac. pract. quæst. cap. 38. Roland. à Vall. cons. 70. n. 73. vol. 3. Cephal. cons. 493. n. 36. Menoch. cons. 124. Rimin. jun. cons. 246. n. 27. & 56. & cons. 677. n. 65. & seq. & complures alii citati à Thesaur. in decis. 64. Petr. Ant. de Petr. de fideicomm. quæst. 11. n. 69. & seqq. & Peregrin. de fideicomm. art. 20. n. 1.* quorum pleriq; de communi sententia profitentur. (c) Idque in fideicommissis ob eandem rationem introductum est, ob quam in feudis idem receptum esse diximus, quia videlicet in fideicommissis potiùs testatori gravanti quàm gravato ultimò decedenti succeditur. *l. cohæredi. §. cum filia de vulgar.* Hinc etiam in fideicommissis, quia de successione descendentium agitur, juri repræsentationis in infinitum locum esse concludunt, ut apparet in locis hactenus citatis. Non igitur ambigendum videtur, quin etiam in feudis idem statuendum sit, tum quia ubi eadem est ratio, ibi ut idem jus statuatur par est.

11 Tum etiam quia in specie à fideicommissis ad † feudum & è contrariò argumentum sumere licet, quippe cum agnatos etiam de feudo restituendo non secus ac hæres fideicommisso gravatus intelligatur, *Isern. in c. 1. nu. 1. verb. hoc est regulare de eo qui sibi & hæred. suis & in c. 1. §. Hoc quoq;. num. 9. vers. Hæ deferuntur à genere de success. feud. Dec. cons. 445. n. 33. Ruin. cons. 151. n. 3. vol. 2. Paris. cons. 65. n. 16. vol. 3. Socin. jun. cons. 126. n. 27. vol. 1. Roland. à Vall. cons. 100. num. 15. vol. 1. Intrig. de feud. qu. 51. nu. 249.*

Et quamvis hæc quoq; doctrina aliquo modo controversa sit, quibusdam † contra affirmantibus proximitatem potius respectu gravati quàm gravantis attendendam, ut in locis infr. allegandis videre licet, hæc tamen posterior opinio à reliquis hanc declarationem recipit, ut procedat, quando de successione inter descendentes gravati quæstio est, secus si linea gravati extincta ad alias transitus faciendus est, ita post alios distingvit *Cephal. cons. 457. n. 26.* quod ipsum etiam ad successionem feudalem ita applicari potest, ut ea quam hactenus posuimus, opinio inde non mediocriter confirmetur.

Et li-

Et licet hic iterum scrupulus ex eo moveatur, quod ratio paulò antè adducta dum in feudorum successione proximitatem respectu stipitis aut primi acquirentis considerari diximus,
13 ex † sententia quorundam in feudo tantùm ex pacto & providentia locum habeat, non autem in hæreditario, unde inferri posse videtur, saltem in hæreditario feudo proximitatem defuncti ita attendendam, ut qui illum propiore gradu attingat reliquis ex communi licet stipite descendentib. præferendus sit, ut sensisse videtur *Tiraq de retr. titul. 1. §. 11. gl. 1. nu. 19. Didac. pract. observ. c. 38. Joseph. Cumia in d. repet. c. si aliquem verb. defuncto M. Anton. Peregrin. de fideicom. art. 51. num. 59 in fin.* Idem tamen nihilominus etiam in feudo hæreditario tenendum esse, inde colligi potest, quod ut suprà ostendimus, computationis in feudo ex pacto & hæreditario eadem planè sit ratio: nempe quod omnia ad communem tantummodò stipitem atq; adeò (si nullus intermedius stipes superest) ad primum usq; acquirentem referan-
14 tur unde † etiam ex plurimorum sententia in feudo ejusmodi qualitati hæreditariæ in eo satisfieri censetur, quod quis mediante persona antecessorum primi acquirentis hæres fiat, ita tradiderunt *Jacob. de Belvis. in c. 1. de eo qui sibi & hær. suis masc. Jacoben. de S. Georg. de feud. verb. itaq. ipsi investiti n. 2. & alii in hanc sententiam à me citati q. 1. n. 51. & quæst. 2. n. 5. lib. 2. quib. addi possunt Ruin. cons. 17. n. 4. & 11. vol. 1. Paris. cons. 5. n. 3. vol. 1. & cons. 65. n. 32. vol. 3. Gozad. cons. 84. n. 14. Alciatus cons. 189. nu. 1. & in cons. 186. Socin. jun. cons. 77. n. 134. vol. 1, Molin. cons. 50. n. 43. Roland. à Vall. cons. 79. vol. 1. cons. 67. n. 23. vol. 2. & cons. 57. n. 7. vol. 3. Cacheran. decis. 23. n. 33. decis. 162. & decis. 180. Menoch. cons. 104. nu. 17. & cons. 203. n. 20. Bursat. cons. 76. n. 2. & cons. 291. n. 132. Vincemal. cons. 1. nu. 71. in fin. & n. 81. vol. 2. cons. feudal. Malvas. cons. 2. nu. 32. Gabriel. cons. 79. n. 19. vol. 2. Bertazol. cons. 89. n. 31.* quorum pleriq; etiam inde asserunt, agnatum posse † in feudo hæreditario succedere repudiata hæreditate ultimò defuncti, & opinionem istam æquiorem & receptiorem esse, asserit *Pinell. in l. 1. part. 3. n. 83. C. de bon. matern.* & sine controversia eam esse veriorem & magis communem tàm inter Feudistas quàm Legistas & Canonistas, ait *Vincemal. in d. cons. 1. nu. 71.* & secundum eam in facti contingentia judicatum fuisse, testatur *Clarus in §. feudum. quæst. 9. n. 5. & Puteus decis. 179. lib. 2.* eandem de consuetudine Germaniæ servari profitetur *Zas. de feud. part. 8 n. 27.* quod refert & sequitur *Gail observat. 154. n. 18. lib. 2.* & sensit etiam *Mynsing. observ. 67, cent. 3. (dum c. 1. an agnat. ad feudum hæreditarium restringit)* quibus adstipulatur *Borcholt. de feud. c. 7. n. 94.* de Germaniæ consuetudine post Zasium testimonium perhibens. Secundum hanc igitur opinionem in feudo hæreditario non secus, quàm in feudo ex pacto omnis succedendi ratio ad communem stipitem referenda erit, atq; adeò omnia illa quæ de primo potiùs acquirente quàm ultimò defuncto consideranda suprà firmata fuerunt, etiam hoc casu locum invenient, ut sensit *vincemal. in d. cons. 1. nu. 74. & 83.* dum agnatum succedentem in feudo hæreditario æquiparat fideicommissario, atq; inde concludit, quod licet agnatus millesimo gradu distet à primo acquirente, tamen dicatur hæres esse primi acquirentis, sicut fideicommissarius dicitur esse testatoris gravantis & non gravati. Idem docuit Clarus *in d. § feudum. quæst. 9.* inquiens, cum descendentes illius primi acquirentis succedant in ipso feudo virtute primæ investituræ in qua fuerunt vocati ipse & ejus filii & hæredes, non est consideranda successio illius, apud quem feudum ultimo loco repertum est, sed tantummodò illius, cujus beneficio descendentes ipsi ad feudum admittuntur.

Idq;

Idq; clarius firmat Vultejus *de feud. lib. 1. c. 9. nu. 104.* ubi asserit, quod etsi aliqui existiment, in feudo hæreditario necesse esse, ut successor in eo hæres sit proximi defuncti: Jure tamen ipso feudali verius sit, etiam hunc successorem ex primo acquirente jus suum successionis mutuari, & addit hanc opinionem veritati theoricæ & practicæ magis consentaneam, à qua judicando & consulendo recedendum non sit: atque inde concludendo inquit: *Res eò recidit, ut cognatus successurus in quocunq; feudo successor sit primi acquirentis: sed qui jus succedendi in feudo mixto immediatè repetat à primo acquirente, in feudo absolutè hæreditario mediatè, nimirum per eum cui ipse proximè succedit. Ita fit, ut ultimus agnatus semper sit primi acquisitoris successor, etiamsi per mille manus ambulaverit.* Hæc ille.

16 Et licet† de feudo mixto loquatur, sicuti & Clarus, tamen intelligit id quod alii simpliciter hæreditarium nominant, idq; ad differentiam alterius merè hæreditari pro hæredibus quibuscunque concessi, mixtum appellat, ut semetipsum satis declarat, & multos has duas feudorum species invicem distingvere ita solere, monui etiam *in d. quæst. 1. n. 47.* Cum interim feudi mixti ex receptiore sententia alia sit species, de qua egi *quæst. 3.* In hoc ipso tamen feudo mixto idem etiam obtinere, quod in feudo ex pacto diximus, omnes consentiunt, ut agnatus non censeatur succedere ultimò defuncto, sed primo acquirenti juxta naturam feudi ex pacto & providentia, ut firmat *Parisi. cons. 65. nu. 18. vol. 3. Cephal. cons. 487. n. 12. Menoch. cons. 104. n. 17. Bursat. cons. 76. n. 2. & post Clarum in d. §. feudum. quæst. 9. docet Intrigliol. quæst. 49. n. 179.* licet interim is feudum mixtum, quod in præcedenti quæstione 48. n. 24. & 26. distinxerat à feudo propriè hæreditario cum eo iterum confundere videatur, dum utitur potissimùm auctoritate Clari. Tam pauci sibimetipsis in hac materia constiterunt.

Quartò opinionem hactenus defensam valdè adjuvat id, quod à nonnullis firmatum est, in feudorum successione gradus † secundum LL. Longobardorum, sive quod illis consentaneum est, jus Canonicum, computandos esse, ut primus docuit *Hotoman in Disput. sua feudal. c. 9.* quem secutus sum ipse *quæst. 19. lib. 2. & noviss. Andr. Fachin. lib. 7. controv. c. 26. nulla nec Hotomani nec mei mentione facta.* Nam jure Longobardico & Canonico in graduum computatione nulla habetur ratio lineæ collateralis, sed facto initio à primo stipite feudum acquirente gradus secundum generationes inde provenientes computantur, ita ut quot sunt generationes, tot etiam gradus dinumerentur, utputa filii, quia ex prima generatione descendunt, primum gradum constituunt, nepotes secundum & sic deinceps. Ex hac itaque graduum computatione necessariò sequitur, omnem collateralis lineæ considerationem à feudorum successione removendam, & tantummodò lineæ rectæ, qua descendentes à primo acquirente comprehenduntur, ducendam esse rationem, & quod porrò consequens est, agnatos in feudis minimè inter se succedere, neque adeò proximitatem respectu ultimi defuncti considerandam, sed omnes facta relatione ad primum stipitem esse descendentes, atq; ascendentibus succedere, & propterea juri repræsentationis locum esse. 17

Et † quamvis hanc graduum computationem à feudorum successione removere, & potiùs juris civilis rationem defendere conentur *D. Ernest. Cothman. cons. 28. n. 331. Jo. Niell. in disputat. jur. feudal. disput. 4. thes. 1. & Rosenthal. de feud. c. 7. conclus. 57. nu. 9. & seqq.* tamen si quis rationes eorum, cum illis, quibus sententiam istam post Hotom. firmavi, contulerit, facilè inde 18

depre-

deprehendet, omnibus iis abundè satisfactum esse, ut mirum sit, eas jam antè labefactatas & prostratas denuò in palæstram tanta confidentia deduci. Nec quicquam movet, quod præterea consideratur, rationem computandi juris Canonici, recentiorem esse, quàm ut verisimile sit auctores juris feudalis, utpote longè vetustiores, eam secutos esse. Non enim asseritur, hanc computationem graduum ex jure Canonico desumptam esse, sed eam ex vetustissima consuetudine & jure Longobardorum, à quibus feuda originem cœperunt, introductam esse dicimus. Unde etiam Pontifices (utpotè qui Longobardorum Regno Caroli Magni viribus delato in vacua venerant, ut scribit Wesenbec. *in tract. de stud. jur. instit.*) hanc computandi rationem potius à Longobardis mutuatos esse verisimile fit. Minùs obstat argumentum ab absurdo, quod plurimùm urgent. Nam omnia absurda, quæ contrà considerant, ex juris civilis rationibus, atq; inde desumunt, quod jus Longobardorum cum jure civili conferunt, cum tamen istud potiùs quemadmodum olim usurpatum fuit, & separatam à jure civili rationem habuit, per se considerandum sit: quo facto omnia absurda facilè cessabunt. Si enim quis contra jus Saxonicum, quod omnes simul investitos absq; graduum prærogativa admittit, juris civilis rationem opponeret, & propterea, quia ab ea longiùs recedit, istud absurdum atq; inde non observandum esse contenderet: certè nemo facilè istud admitteret, sed quivis contrà assereret, juri Saxonico standum esse, non attento, an juris civilis rationi conveniat nec ne. Idem ergò observandum, quando de jure Longobardico, prout olim in usu fuit, disseritur. Non enim de LL. postquam institutæ & firmatæ sunt, sed secundum ipsas potiùs dijudicandum est, ut monet Augustinus relatus *in cap. in istis distinct. 4.* & lex quantumvis dura sit, tamen observanda, *l. prospexit qui & à quib.* Quinimò posito eo, quod paulò antè probavimus, in feudis non collaterales invicem, sed omnes, qui à stipite progeniti, veluti descendentes succedere ascendenti, nulla inter jus civile & Canonicum constitui poterit differentia, sed eadem erit in hac descendentium successione utriusq; juris computatio, ut rectè animadvertit Vultejus *de feud. lib. 1. cap. 9. n. 113.* Si, inquit, interpretes intra limites & terminos successionis feudalis permansissent, hac quæstione, an graduum computatio ex jure fiat civili, an verò Canonico, non fuisset opus, siquidem in superioribus confirmavimus, jure feudali unicam duntaxat successionem, nimirum eam, quæ est descendentium cognitam: in computatione autem graduum in linea descendenti & ascendenti juri Canonico convenit cum jure civili.

Hoc igitur dato, dubium porrò non est, quin is qui gradu remotior est, jure tamen repræsentationis unà cum aliis lineis ad successionem admittendus sit. Cum juxta hanc computandi rationem omnia ad communem stipitem referendo descendentes ab eo in linea recta succedere ascendenti intelligantur, & propterea jus repræsentationis in eis locum habeat, juxta communem Interpretum sententiam suprà firmatam. Quamvis autem hæc satis speciosè dicantur, ut in gravissima quadam causa, cujus thema ex figura in fine hujus quæstionis posita apparet, non levem dubitandi rationem magnis quibusdam viris moverint, quia tamen illud in confesso erat, contrariam sententiam, nempè, in hoc plurium linearum à communi stipite descendentium concursu nihilominus prærogativam gradus ita attendendã esse, ut qui ultimò defuncto gradu proximior sit, cæteros, licet ex communi cum eo stipite descendentes, excludat, ab eadem consulendo recedere ausus non fui.

Etsi

Etsi enim JCto integrum sit, ut
19 ponderatis textibus juris ingeniosa † & subtili inductione opinionem, quæ ipsi verior videtur, inde extruat & pro veritate indaganda laboret: ubi tamen ad forum & ad judicia deventum est, ibi certè clarissimorum Interpretum auctoritas plurimùm valet, & opinio crebriore calculo approbata palmam obtinet. Ab antiqua enim majorum & Præceptorum nostrorum sententia recedendum non est, *l. si adibus. de damn. infect.* sed opinio à pluribus communiter approbata tàm in consulendo quàm in judicando semper tenenda, *l. Athletas ibi. omnes opinantur. de his qui not. infam. l. 1. in fin. de senat. l. quæsitum §. sed si fundus. de fund. instruct. c. cum Canonicis. 19. distinct. not. Dd. in c. 1. & ibi Abb. num. 15. de Constit. & in l. fin. C. de pœn. jud. mal. judic.* quippe cum integrum sit judicium, quod plurimorum comprobatur sententia, *c. extra 64. distinct. c. prudentia. in fin. princ. ubi Abbas n. 4. de offic. delegat.* & communis opinio vim & efficaciam consuetudinis habere soleat, *Bald. in c. ne innitaris. n. 6. de const.* quem refert & sequitur *Joan. Baptist. Villalob. in tractat. commun. opin. sub n. 107. Sebast. Medic. de LL. & Stat. part. 2. quæst. 16. & ult. nu. 7.* quinimò communi opinioni, utpote quæ à viris eruditis & prudentibus proficisci solet, plus esse tribuendum quàm consuetudini, quæ plerunque à populo rudi & imperito introducitur, docet Coratius *de commun. opin. lib. 2. tit 8. n. 25.* ubi doctrinam hanc multis tàm auctoritatibus quàm etiam rationibus firmat, eò igitur remisisse sufficerit.

Præsertim verò hoc citra omnem controversiam procedit, quando communem opinionem præter eam
20 quam natura præ se fert, † consuetudinem longo etiam usu receptam esse apparet. Nam tum etsi illa claris legum verbis vel etiam evidentibus rationibus convinci posset, nihilominus ei standum esset: siquidem consuetudo ante omnia atq; etiam ante LL. servanda est, *l. de quibus uti not. de LL.* & minimè mutanda sunt ea, quæ certam receperunt interpretationem, *l. minimè eod. tit.* ut pluribus firmat *Decius in c. at si Clerici. in princ. n. 25. in fin. de judic.* & docuit in specie *Anthon. de Matth. in tract. de edition. in princ. n. 1. in fin.* quem refert *Carot. de comm. opin. lib. 2. cap. 9. nu. 91.* Idem sensit *Stephan. de Feder. de Interpret. jur. part. ult. circ. fin. n. 15.* Ubi inde hanc primam & generalem tradit regulam, eam semper esse eligendam opinionem, quæ de consuetudine servatur, probans exemplo opinionis Martini, quæ habetur *in l. Dos a patre. C. solut. matrim.* Hæc enim licet sit falsa: tamen de consuetudine servatur, item exemplo *gl. in l. fin. C. de donat. inter vir. & uxor.* quæ licet textum illum quodammodo destruat, tamen usu recepta est. Quamobrem videmus ipsos JCtos & Impp. sententiæ suæ aliam sæpè rationem non afferre, quàm quod ita observatum vel judicatum fuerit, *l. filius emancipatus ibi. sic enim inveni, Senatum censuisse ad l. Corn. de falsi. l. 1. ad fin. ibi solet hoc in usu observari ad Syllanien. l. Labeo ibi morem agentium sequi debemus de stat. liber. l. 3. ibi probatis iis quæ in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt. C. de ædific. privat. l. fin. in fin. de injur.* cumq; hoc ita generaliter obtineat, certè multò magis in controversiis feudalibus locum habere debet.

21 Nam feuda † ipsa & jura feudalia à consuetudine originem capiunt, & ab ea potissimùm dependent, ut inscriptio libri *C. incipiunt consuetudines feudorum* satis clarè indicat, *not. Dd. in c. 1. de feud. cognit.* & propterea consuetudine facilè immutantur, atque adeò hæc potiùs, quàm jus commune feudorum attendenda, *ut not. Dd in c. 1. §. & quia vidimus. de his qui feud. dar. poss. Bald. in cons. 318. vol. 3. Guid. Pap. q. 59. Paris. cons. 21. num. 15. & cons. 22. n. 24. vol. 1.*

vol. 1. Curt. jun. de feud. part. 3. limitat. 8. Menoch. lib. 3. præsumpt. 75. n. 8. & cons. 65. n. 56. cum aliis in hanc sententiam adductis à Becc. cons. 101. n. 48. & seq. Ex quo etiam dubium feudale relictum esse interpretationi consuetudinis, *dixit Bald. in c. 1. §. fin. per quos fiat invest: quem refert Cannet. in c. volentes. §. at non erit n. 80.*

Si itaq; receptissimis Interpretum doctrinis inhærendum erit, illud principio inter omnes constat, quod suc-
22 cessiones feudorum † agnatis ab intestato eodem modo & ordine deferantur, sicut aliæ successiones juris civilis, nisi quatenus hoc expressè immutatum reperiatur, *ut docet gl. in c. 1. de grad. succed. in feud. quam sequuntur Bald. Alvarott. n. 1. Præpos. n. 4. Afflict. post Jacob. de Belvis.* quem allegat *cons. 190. vol. 3. & cons. 793. vol. 2.* ubi ait; quod successio feudorum eodem modo censeatur quoad gradum succedendi, quo censetur alia successio jure communi introducta, cum eadem sit ratio tam naturalis quam civilis, quam etiam consuetudinariæ successionis, addens de hoc nullam esse dubitationem. Idem tenet *Anton. de Butr. cons. 47. Alex. cons. 29. n. 9. vol. 3. Joan. de Lign. & Collegium Bononiense inter consilia Albert. Brun. cons. 76. n. 3. Paris. cons. 5. n. 43. vol. 3. Curt. jun. de feud. 2. part. 3. part. prin. 53. Hunnius de feud. lib. 2. cap. 8. Schrader. de feud. part. 9. c. 7. n. 6. & novissimè Rugerius cons. 2. n. 90.*

Quo posito, iterum ex jure civili
23 certissimum est, in omni † successione personam ultimi morientis inspici, ut qui ei proximior est, succedat exclusis remotioribus, *l. 1. §. pen. l. 2. junct. l. §. heredit. & §. proximum de suis & legit. hered. l. 1. unde legit. §. Et hac quidem ... in vicem ad successionem vocabantur ... ibi. ad successionem patris sui. §. ... Instit. de legit. agnat. success. & §. si quis proximior unde cognat. ... lege duodec. tabul. §. quare ... de legit. hered.* Denique omnes LL. quæ de successionibus ab intestato loquuntur, eas deferunt proximioribus defuncti. Idq; adeò certum & indubitatum est, ut longiore probatione non indigeat. Neq; jure feudorum ullibi contrarium expressè scriptum esse apparet. Etsi enim id constitutum sit, ut in feudorum successione ad communem stipitem potissimum respiciatur, non tamen ex eo sequitur, graduum prærogativam planè sublatam nec ullam proximitatis defuncti rationem habendam esse.

Et quamvis in jure feudorum vestigia † quædam extent, ex quibus colligi 24
potest, olim apud Longobardos aliam rationem observatam fuisse: ea tamen tàm manifesta non sunt, ut cuivis pateant, nec probabilem recipiant dubitationem, quod vel ex eo intelligere promtum est, quod inter tot diligentissimos juris Feudalis Interpretes, ante Hottomannum nemo extiterit, qui hoc asseverare ausus fuerit, sed omnes unanimiter existimarunt, in jure feudali eandem cum jure civili computationem haberi. Ad hanc igitur juris communis rationem res reducta est, idq; ex generali illa trita & feudistica regula, quæ traditur, in iis quæ jure feudali expressè decisa non reperiuntur, semper ad jus civile recurrendum esse, *c. 1. §. strenuus. de feud. success.* quam veluti maximam in successione feudali ponit *Sonsbecc. de feud. part. 9. n. 86.*

Deinde omnes Interpp. uno ore communiter tradunt, quod † in suc- 25
cessione feudali collateralium gradus computandi sint secundum jus civile, non autem secundum jus Canonicum, ut sensit *Andr. de Isern. in c. 1. §. hoc quoq. sciendum. n. 21. de his qui feud. dar. poss.* quem sequuntur *Bald. ibi. in §. & quia vidimus in fin. Alvarot. Præpos. Laudens. Afflict. & omnes Dd. ibi Alvarot. in c. 1. in princip. num. 3. vers. quæro qualiter de grad. succed. in feud. Curt. jun. de feud. 2. part. 3. part. princ. nu. 52.* & ex recentioribus *Bera in d. §. & quia vidimus. Duaren. de feud. c. 11. n. 14. Loriott. de success. feud. Ferrar. lib. 3. cap. 2. vers. quibus porrò deficien-*

ddd tibus

tibus. Cujacius in tit. an ille qui interf. fratr. domini quem retulit in lib. 4. tit. 42. & in §. & quia vidimus. Schrad. de feud. lib. 7. c. 7. n. 12. Et hanc computandi rationem usu & consuetudine planè universali corroboratam, ac etiam in Camera Imperiali observari solitam esse, testatur *Rosenth. de feud. c. 7. concl. 57.* Moventur potissimùm per text. *in 1. an ille qui interf. fratr.* dum ibi claris verbis dicitur, eum ordinem gradus esse prorsus observandum, qui legibus continetur. Hoc enim de jure civili interpretantur omnes, neq; de hac receptissima doctrina ante Hottoman. ullus dubitavit unquam, ut ambigendum non sit, eam longissimo etiam usu approbatam esse, atq; adeò omnem operam & oleum perderet is, qui in judiciis contranitendo id, quod de *LL. in d. loco* dicitur, de LL. Longobardorum intelligendum esse contendere velit per ea, quæ huic sententiæ præmisimus.

In hac igitur juris civilis computatione ea ratio tenenda est, ut incipiendo ab eo de cujus successione agitur, ascendatur ad stipitem communem, per quem conjunguntur illi, de quorum cognatione quæritur, mox ab hoc communi stipite descendatur usq; ad eum, qui consangvinitatis ratione vult succedere (nulla enim in eo vis est, à quo initium fiat) & quot numerantur personæ, eo gradu inter se distare censentur, una tamen dempta, *ut probatur in l. 2. de gradib. & tradunt. Jo. Andr. & Dd. in rubr. ext. de gradib. consangvin. & affin. Forster. de success. lib. 3. c. 28. n. 5.*

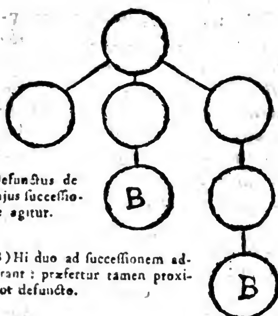
Quæ ipsa receptissima computandi ratio in successione feudorum manifestè ostendit, proximitatem defuncti semper respiciendam, nec alios nisi proximos ad successionem ejus vocari. Et hanc quidem rationem sicut & præcedentem in feudo ex pacto non minus quàm in hæreditario locum habere manifestum est. Frustrà igitur hoc loco inter hasce feudorum species à quibusdam distingvitur, ut infrà latius dicemus.

Tertiò confirmatur hæc sen[...] per certam & indubitatam juri[...] ctrinam, qua traditur, quod † sic[...] bonis allodialibus jus repræsen[...] nis in successione collateralium [...] fratrum filios cum fratre defunct[...] rum patruo succedentes non ex[...] ditur, *§. si igitur. in fin. & §. si v. ne[...] tres in auth. de hæred. ab intest. venie[...]*

Ita etiam in feudali † successio[...] cum non habeat, & propterea fr[...] filius succedens patruo suo exclu[...] alterius fratris nepotes, & sic dein[...] *Bart. in auth. post fratres. C. de legit. h[...]* ubi inde ait, curiam Romanam in [...] gno Apuliæ, quod est feudum Ecc[...] Romanæ, pro Rege Ruberto judic[...] contra Regem Ungariæ, qui erat [...] pos Caroli, quia cum non tractetu[...] successione avi vel patrui, nepos ne[...] assumit locum patris sui, idem sen[...] *Anton. de Butr. cons. 47. Joan. Anton. [...] Ferrar. inter consilia Albert. Brun. cons[...] & cons. 71. & cons. 74. & ibi Albert. Br[...] cons. 75. qui ait se in materia feudali bis [...] obtinuisse in facto, & ibi etiam Joan. de [...] gnan. & Collegium Bononiense cons. 76. n[...] vers. tertia conclusio. Martin. Laudens. in [...] 1. §. & quia vidimus. n. 82. de his qui fe[...] dar. poss. Curt. jun. de feud. 2. part. 2. part[...] part. pr. n. 54. in fin. Jacob. de S. Georg. de [...] feud. in verb. præsentes. & recipientes. n. [...] in fin. Tiraq. de jure primogen. q. 41. n. 4. R[...] land. à Vall. cons. 68. n. 23. vol. 1. Zasius de [...] feud. part. 8. n. 31. Hannet. de feud. lib. 2. c. [...] Sonsbec. de feud. c. 6. n. 18. Joseph. Cum. in [...] si aliquem. verb. gradu. n. 11. Rosenthal. de feud. c. 7. concl. 56. n. 20. & concl. 57. n. 6.*

Nam & hæc doctrina manifestè e[...] vincit in feudorum successione modis [...] omnibus ad ultimò defunctum respiciendum, ejusq; proximitatem attendendam. Si enim tantùm communis stipes considerandus esset, absq; dubio inter nepotes fratrum succedentes avo vel aliis ascendentibus jus repræsentationis locum habuisset juxta communem opinionem suprà *num. 9.* firmatam.

Inde-



Defunctus de cujus successione agitur.

(B) Hi duo ad successionem adspirant: præfertur tamen proximior defuncto.

Indeq; porrò sequitur, si inter fratris filios & alterius fratris nepotes in successione collateralium non habet locum jus repræsentationis, sed fratris filii, ut gradu proximiores excludunt nepotes fratris, quod multò minùs inter filios & nepotes eorum, qui neq; fratres, neq; patrui, sed gradu longè remotiore inter se conjuncti sunt, jus repræsentationis locum habeat, sed is, qui proximiore gradu conjunctus est, defuncto succedat excluso remotiore.

Circa hæc verò illud diligenter considerandum est, non posse in linea collaterali de successione filiorum & nepotum fratris, multò verò minùs aliorum in gradu remotiore existentium quæri, nisi ea linea, quæ possedit feudum, penitùs extincta sit, ita ut de successione aliarum linearum agatur, utputa si ex tribus fratribus unus, qui feudum possederat, absq; filiis decederet, relictis post se ex uno fratre filio & ex altero nepote, hîc fratris defuncti linea penitùs est extincta, & de successione aliarum linearum agitur. Unde manifestum fit, hoc quidem respectu commentitium & vanum esse, quod aliqui distinguunt, inter successionem eorum, qui in eadem linea existunt, & illam, qua una linea extincta, ad alias digressio facienda est. Cum ex jam dicto exemplo in aperto sit, etiam hoc casu, non minùs quàm in illo, proximitatem respectu ultimò defuncti considerandam esse.

Adjuvat etiam quarto loco hanc sententiam constitutio † Caroli V. secundum quam ab omnibus in toto Imperio Romano non tantùm in allodiali, verùm etiam feudali successione receptum est, ut filii fratrum soli succedentes patruo non in stirpes, sed in capita succedere debeant. Nam etsi olim quidem etiam jure civili hoc controversum admodum fuerit, plerisq; existimantibus, filios fratrum in bonis allodialibus hoc casu in stirpes succedere debere, & hinc quoq; Feudistæ de eo plurimùm disceptârint, ut patet ex iis quæ post alios scripta reliquit *Curt. jun. de feud. 2. part. 3. part. pr. num. 53. & seqq. Clarus in §. feudum. quæst. 75. Sonsbec. de feud. part. 9. n. 100.* Hanc tamen controversiam Imperator Carolus V. Constitutione in Comitiis Spirensibus Anno 1529. edita, diremit & sententiam eorum, qui filios fratris in capita succedere existimârunt, approbavit, & eandem ad feudorum successionem accommodavit, *Zasius de feud. part. 8. n. 32. Hannet. de feud. lib. 3. c. 2. vers. caterùm cum hic casus. Wesenbec. de feud. cap. 6. n. 17. Schrad. de feud. part. 7. c. 7. n. 16.* & secundum hanc sententiam etiam in feudali successione in inclyto Imperialis Cameræ judicio fuisse judicatum, testatur *Mynsing. observat. 94. in fin. centur. 3.* quem refert & sequitur *Borcholt. de feud. c. 7. n. 82. & Rosenthal. de feud. c. 7. concl. 36. n. 9.* 28

Jam verò dubium non est, si in successione feudali tantummodò ad communem stipitem respiciendum, proximitas autem defuncti attendenda non sit, quod tum fratrum filii avo suo in stirpes succedere necesse habeant, quia verò contrarium jam constitutum est, apertè inde evincitur, proximitatem non respectu communis stipitis sed respectu ultimò defuncti æstimandam. Quinimò hoc ipsum etiam ea, quæ ante constitutionem

istam inter juris Interpretes extitit controversia, liquidò præsupponit. Cum si ad communem stipitem tantùm respiciendum esset, res citra omnem controversiam expedita planè fuisset, filios fratrum in stirpes tantùm avo succedere debere.

29 Quintò huc pertinet vulgata regula, quæ habet, quod in †feudis post fratres & fratrum filios succedant defuncto reliqui agnati collaterales, ut quisque est gradu proximior excluso remotiore, *quam regulam per text. in c. 1. §. iis verò deficientibus. de grad. succeß. in feud. constituunt Jacob. de Belvis. Andr. de Isern. Bald. Alvarott. Laud. Præpos. Afflict. & reliqui omnes ibi. Zasius de feud. cap. 8. n. 8. Sonsbec de feud. part. 9. n. 113. in fin. Schrad. de feud. part. 7. c. 7. n. 6. VVesenbec. c. 8. n. 18. Borcholt. de feud. c. 7. num. 84. Rosenth. de feud. c. 7. concl. 17. n. 3.* ubi in addit. ad literam D. pluribus auctoritatibus hanc regulam confirmat. Est autem illa, tum potissimùm ad jus repræsentationis in gradibus ulterioribus post fratrum filios excludendum, facta, tum etiam, ut ostendatur, eum, qui vasallo defuncto gradu est proximior, ad successionem admittendum esse, exclusis remotioribus. Nam ita eam intelligendam esse, ex iis quæ in secundo fundamento diximus, manifestum est. Quare hæc etiam regula uno ore ab omnibus decantata hanc nostram sententiam optimè probat.

30 Sextò †hanc sententiam propugnat universa Dd. schola, quotcunq; *d. c. 1. de nat. succ. feud.* interpretati sunt. Nam cùm in ultimo responso ibi duo decidantur, primò ex pluribus agnatis illos ad successionem admittendos, qui ex linea sunt, ex qua fuit defunctus: Deinde, si nullus ex ea linea supersit, tum omnes alias lineas æqualiter vocari. Ex prima decisione colligunt Dd. in successione feudali quoad proximitatem considerandam personam ultimi possessoris, & ne quis fortè obiiciat, istud fieri tantùm respectu lineæ & communis stipitis gratia, ideò Dd. expressè de gradus proximitate loquuntur. Nam *Jacob. de Belvis. ibi ad verba illa tex. (ad omnes qui ex illa linea sunt, ex qua ille fuit)* hæc addit. Non tamen debent omnes simul succedere, sed qui inter eos gradu sunt proximiores, seu qui obtinent eundem gradum proximiorem, debent præferri. Sic etiam post eum *Laudens. ibi. n. 3. not.* quod distinctio gradus debeat fieri, ut proximiores in gradu præferantur, & *Præpos. nu. 2.* inde colligit, primò gradatim vocandos ad successionem eos, qui sunt in linea communi cum mortuo.

Et *Afflict. ibi in §. dummodò, in enarratione casus* ait, proximiores in gradu ipsi Cajo ultimo morienti succedunt in feudo, atq; inde mox *nu. 1.* subjungens notat, quod proximior agnatus ultimo morienti tenenti feudum antiquum succedat. Et Balzaran. ibi ad illa verba (Et hoc est quod dicitur, ad proximiores pertinere) *n. 13.* addit, Nam succedit proximiori in gradu descendenti, & non primo testatori. Verum quidem est, verbis textus hoc tantùm exprimi, lineam, quæ ex communi cum defuncto stipite descendit, aliis lineis præferendam, atq; ita nullam de gradibus inter ipsas personas in hac linea existentes considerandis fieri mentionem: Sed cum neq; etiam de gradibus ibi quicquam definiatur, ideò Interpretes id veluti omissum ex aliis locis supplent, atq; inde quod ibi dicitur, fundum ad omnes, qui ex linea defuncti sunt, pervenire, ita, ut inter eos etiam gradus prærogativa servetur, intelligunt, & nos hoc loco non tàm quid verbis sit consentaneum, quàm hoc perpendimus, quomodo Dd. communiter ea explicent: quod in judiciis obtinere debere suprà diximus. Et hæc quidem communis interpretatio, multorum oculos ita perstrinxit, ut cum contrà putaverint, proximitatem respectu primi acquirentis considerandam, ad hunc text. aliter respon-

respondere non potuerint, quàm quod eum ad feudum hæreditarium restrinxerint. Sed hoc post alios rectè improbat *Aquilin. in d. §. & quid si tantùm in princ. n. 175.* Cum præsertim feudum hæreditarium, prout ab Interpretibus describitur, jure feudali ne cognitum quidem fuerit.

31 Alii communem interpretationem† admittentes, illi tum solummodò locum relinquunt, quando de successione eorum, qui in eadem linea mortuum contingunt, agitur: Secus verò quando ea extincta ad alias lineas fit transitus, ita enim distinguunt *Anchoran cons. 82. in fin. Ruin. cons. 123. n. 18. vol. 2. Menoch. cons. 269. n. 4. Cephal. cons. 457. n. 8. & 26. Peregr. de fideicom. art. 20. n. 2. in fin. & secutus est etiam Vultejus de feud. lib. 1. c. 9. n. 112. vers. sanè jure communi.* Quæ verò diversitatis inter casus istos ratio sit, in eo plurimùm laborat & post alios *Aquilin. in d. §. & quid si tantùm. in pr. n. 175. & seq.* qui tamen aliter se expedire nequit, quem ut vim omnem ponat in renunciatione divisionis tempore facta, existimans eam obesse etiam successoribus, & ob hanc agnatos aliarum linearum, quantumvis primo acquirenti proximiores sint, à descendentibus ejus, ad quem feudum in divisione pervenit, excludi. Sed hæc ratio potiùs eò spectat, cur aliæ lineæ ad successionem non admittantur, quam ut declaret, cur ultimò defuncti, magis quàm primi acquirentis, proximitas respectu gradus consideretur. Nulla itaq; probabili ratione hæc distinctio nititur, præsertim si secundum communem interpretationem conceditur (quod auctores hujus distinctionis faciunt) in prima decisione hujus textus ultimò defuncti proximitatem non lineæ tantùm respectu, sed etiam ratione gradus considerari: nam tunc nulla potest commoda tradi diversitatis ratio, cur ad proximum gradum defuncti magis respiciendum sit, ubi de successione in una linea agitur, quàm si de diversis lineis ageretur: ideoq; etiam tum quando de diversarum linearum successione agitur, idem expresè communiter statuunt Interpp. ut mox dicemus. Ac de prima quidem decisione *d. c. 1.* hactenus.

Alteram etiam, quotquot ante Hottom. in jus feudorum commentati sunt, unanimi consensu ita interpretati sunt, ut omnes quidem lineæ æqualiter vocentur servata tamen gradus prærogativa. Et hanc prærogativam sine ulla hæsitatione intelligunt de ordine graduum jure Civili præscripto, ita ut is, qui defuncto fuit gradu proximior, succedat, excluso remotiore, ut non solùm evidens est ex iis, quæ superius dicta fuerunt, sed etiam hoc loco clarè explicant Dd. Nam *Jacob. de Belvis. ibi, in fin.* id quod dicitur (omnes aliæ lineæ æqualiter vocantur) sic exponit, id est, omnes lineæ possunt vocari ex jure edicti successorii servata tamen gradus prærogativa. Et *Andr. de Isern. in d. tit. de natur. success. feud. in fin.* ait. Alii collaterales veniunt, prout quisq; est remotior, tardius vocatur, & hoc est quod dicitur suprà. An ille qui interf. fratr. *c. 1.* ad agnatum proximiorem feudum pertinebit, quantum ad ordinem gradus, qui in legibus continetur. Et ne quis fortè putet, eum alias præter Romanas intelligere semetipsum, explicat *in c. 1. §. hoc verò. num. 4. de grad. succ. in feud.* inquiens, sic jure isto defertur successio feudi, jure Romano hæreditas. Sic etiam Præpos. postquam *in d. tit. de success. feud.* dixerat, feudum transferri ad alias lineas servata graduum prærogativa, remittit se *ad §. 1. de grad. succed. in feud.* ubi *num. 2.* disertè ait, agnati vocantur non omnes simul, sed proximiores suo ordine, sicut de jure communi: declarans hoc *ex c. 1. de natur. success. feud.* Ita & *Afflict. ibi n. 1.* ultimi morientis expressam facit mentionem notans ex illo textu, quod proxi-

mus agnatus ultimo morienti tenenti feudum antiquum, succedat ei in feudo. *Et Balzar. ibi num. 13. & 15.* disertè ait, quod in feudo succedat is, qui est proximior in gradu decedenti & non primo testatori. Idq; sequuntur omnes ibi, & in locis mox citandis.

32 Neque huic interpretationi quicquam obstat proprietas † dictionis (Æqualiter) Nam ut alias solutiones prætermittamus, manifestum est, æqualitatem hanc in illo textu tantummodò considerari ratione linearum, ac propterea dictione ista hoc significari: quando linea, quæ defuncto feudum possidenti respectu stipitis communis fuit cum agnato qui vult succedere, penitùs defecit, ac propterea ad primum acquirentem deveniendum est, quod tum ex lineis ab eo stipite descendentibus non amplius una linea alteri præferatur, ut in priore casu contingebat, sed omnes lineæ indifferenter & æqualiter vocentur, nullæ inter ipsas quidem lineas, & earum respectu constituta differentia. Hoc verò non impedit, quò minus inter personas in lineis illis existentes graduum proximitas consideretur, sed cum hoc in illo textu, ubi de lineis tantum agitur, prætermissum sit, meritò ex aliis locis, maximè verò ex jure communi decidendum relinquitur. Præsertim cum non solùm ex priore casu, in quo de una linea aliis præferenda agitur, sed & ex illis verbis (proximiores isti dicuntur respectu aliarum linearum) liquidò appareat proximitatem & æqualitatem linearum tantùm ibi considerari. Ideò etiam ad priorem casum eandem interpretationem adhibent Dd. ut paulò antè dictum fuit. Atq; ita ad objectum hoc respondet *Ant. de Butr. cons. 47.* inquiens, Fxæquat lineas & non gradus linearum, q. d. ita defertur ad unam lineam sicut ad aliam, tamen secundũ gradus prærogativam, quod refert *Jas. cons. 182. n. 43. vol. 2. Collegium Bononiense cons. 70 n. 5. inter* *cons. Albert. Brun. communem pronunciat Joseph. Cumia in repetit. c. si aliquem verb. eodem ordine. n. 5. Marcabrun. ab Angvill. cons. 37. n. 123. & secutus est novissimè Michael ab Aguirre in Apologetico Consilio, quod de successione Regni Portugaliæ pro Rege Hispaniæ conscripsit part. 3. n. 114.* (d) (d) Secundum hanc itaq; communem interpretationem text. *in d. c. 1. de natur. success. feud.* in utraq; decisione sententiam nostram confirmabit.

Septimò confirmatur hæc sententia auctoritate eorum Interpretum, qui † in specie unanimi consensu concludunt, quod in successione feudali 33 proximitas respectu ultimi possessoris defuncti, non autem respectu primi acquirentis consideranda, & is, qui defuncto gradu proximior est, ad successionem admittendus sit excluso remotiore, ut sensit *Oldrad. cons. 178. in fin.* qui loquitur de casu, in quo una linea in pronepote primi acquirentis extincta fuerat, & ad alias lineas transeundum erat, & tamen nihilominus nepotes ex aliis duobus filiis primi stipitis tanquam gradu proximiores defuncto succedere concludit, excluso pronepote ex altero filio, *Bald. cons. 200. vol. 5.* ubi disertè ait, quod illa persona sit potior, quæ succedit in locum proximioris, non attento, quod à primo stipite distat remotiore gradu, hoc enim facit successorium edictum & legitima consequentia *Anton. de Butr. cons. 47.* qui respondet, filios fratris succedentes patruo suo excludere nepotes alterius fratris, *Roman. cons. 22. in fin. Corn. cons. 97. num. 21. vol. 1.* ubi refert *Paul. de Castr. in quodam consilio per c. 1. de natur. success. feud. habuisse pro expedito, quod attendatur, & succedat proximior ei, qui ultimo loco decessit, licet non esset proximior stipulanti.* Idem tenet *cons. 22. num. 17. vol. 2. & cons. 42. num. 5. & cons. 159. num. 18. vol. 4. Socin. sen. in l. si cognatis, in fin. de reb. dub. cons. 240. num. 21. vers. octavò hoc idem & cons. 252. n. 17. vol. 2.* ubi reprehendit Calder. dum

dum voluit, quod in successione feudi attendatur proximitas respectu primi non respectu ultimi vasalli, & *cons. 86. num. 14. vol. 3. & cons. 73. num. 16. vol. 4.* Pluribus firmat *Jas. cons. 182. per tot. vol. 2.* addens in fin. hanc opinionem communem & ab ea in judicando recedendum non esse, *Joan. Anton. Ferrar. inter cons. Albert. Brun. cons. 75.* ait, se bis hoc in facto obtinuisse, *& ibi Joan. de Lign. Collegium Bononiense cons. 76. Ruin. cons. 13. num. 11. in fin. vol. 1. & cons. 47. num. 1. cons. 151. num. 3 & cons. 166. num. 5. & cons. 167. num. 5. & cons. 101. num. 8. & cons. 203. nu. 20. vol. 2. Decius cons. 445. num. 14.* latè *Paris. cons. 23. nu. 262. & seqq. vol. 1. Rubeus Alexandr. cons. 38. num. Socin. jun. cons. 126. nu. 27. vol. 1. Berous cons. 68. nu. 19. & seqq. vol. 1. Gozad. cons. 4. num. 17. Alciat. inter cons. Crat. cons. 8. nu. 4. vol. 1. Natt. cons. 679. num. 15. qui ait, hanc esse firmam & indubitatam decisionem. Thob. Non cons. 1. num. 47. Roland à Vall. cons. 100. num. 14. vol. 1. Cephal. cons. 46. nu. 25 & cons. 313. num. 25. & cons. 468. nu. 67. Menoch. cons. 815. nu. 64. eleganter Gabriel cons. 36. nu. 14. vol. 1. qui ait, hoc certi juris esse. Decian. cons. 3. nu. 271. vol. 4. Rimin. jun. cons. 108. nu. 31. & seqq. Bursat. cons. 270. nu. 24. Malvas. cons. 31. num. 19. Rugerius cons. 2. num. 38. & 59. vol. 2. Michael ab Aguirre in d. consilio Apologetico part. 1.* Hanc etiam sententiam prolixè defendit *Ludovic. de Molin. de primogen. Hispan. lib. 3 cap. 9 & Melchior. Palaez in tract. majorat. part. 2. quæst. 2. Cannet in c. si aliquem. §. defuncto Rege Barone num. 12 & in §. præmittendum est etiam. nu. 83. & ibi Joan. Angel. Pisanell. in consilio subjecto num. 12. Valascus de jure emphyt. quæst. 50. nu. 34. Fab. de Ann. decis.* (e) *Lusit. 7.* (e) In eandem etiam responderunt multi JCti Germaniæ *Henning. God. de success. feud. cons. 21. nu. 6. Collegium juridicum Ingolstadiense cons. 22. nu. 46 Tom. 5. Consilior. German. Francofurd. cons. 25. nu. 79. inter Consil. Modestin. Pistoris vol. 2. quod habetur etiam in consil. 32. nu. 64. Tom. 1. consil German.* & novissime multis rationibus defendit *D. Ernestus Cothman. cons. 26.* cui subscripserunt facultas juridica Francofurdiana & Academiæ Juliæ & alii JCti Germaniæ. Eidem sententiæ adstipulatur quoq; *Schrader. de feud. part. 7. cap. 7. num. 19.* inquiens, hanc sententiam esse verissimam, *& Borcholt de feudis ca. 7. n. 84. & Rosenthal. de feud. c. 7. concl. 57. nu. 10.* qui opinionem communem indubitatam & veram esse profitetur. Et licet contrà nitatur Vultejus *de feud. lib. 1. c. 9.* eam tamen usu hodie ita observari, ipsemet testatur *num. 112. vers. proximitatem autem.*

Ex hactenus adductis perspicuum est, hanc sententiam à communi Interpretum schola adeo approbatam, & receptissimis eorum doctrinis fundatam, nec non in toto Romano Imperio continua observantia firmatam esse, ut si in judiciis aliud jam introduceretur, omnia ea quæ de successionibus scripta reliquerunt Interpretes, plane abolenda essent. Ordo etiam successionis hactenus in Imperio observatus tollendus, & nova hactenus inusitata succedēdi ratio esset inducēda. Quod cum in ejus, qui legis condendæ potestatē non habet, facultate positū non sit, neq; adeò à summo Principe absq; nova publica constitutione fieri possit, inde modis omnibus sequitur, quicquid etiam contra hanc sententiam ex ingeniosa consideratione verborum juris feudalis comminiscamur nihilominus in judiciis id sequendum quod receptum est. Si enim unquam verum est, in judicando tenendam esse communem opinionem, ut in præmissis firmatum fuit, certe id multò magis, & quidem sine omni hæsitatione obtinere deberet hoc casu nostro, in quo non solùm de interpretatione juris à consuetudine dependentis agitur, sed etiam in aperto est, hanc sententiam tot communibus Interpretum doctrinis subnixam, & tàm in

scholis quàm in judiciis ita receptam, atq; insuper immemorialis temporis usu approbatam esse, ut ab ea in judicando recedi non possit, quin multa inde sequantur absurda & inconvenientia, & juris habita ratione quodammodo impossibilia. Et ad hunc quidem finem, ut videlicet ostendatur, in judicando ab hac sententia recedendum non esse, rationes illæ ab absurdo desumptæ, quas potissimùm urgent *D. Cothman. & Rosenthal. in locis supra citatis*, longè rectius accomodantur, quàm ut iis evinci possit, quod verbis juris feudalis magis sit consentaneum, de quo superius actum fuit.

Ex his responderi etiam potest ad ea, quæ superius in contrarium disputata sunt. Nam ad text *c. 1. de nat. success. feud.* quod attinet, paulò antè ostensum est, quo sensu à communi Interpp. schola tàm in prima quàm in secunda decisione accipiatur, adeò ut potiùs hanc sententiam confirmet, quàm impugnet, & nihilominus proprietati dictionis, *Æqualiter*, ratione linearum consideratæ satisfiat. Cumq; hic intellectus communi Dd. calculo receptus sit, de cæteris non erit maximoperè laborandum, sed in judiciis communis & recepta interpretatio tenenda est per ea, quæ suprà firmavimus. Ad auctoritates etiam eorum, qui in contrariam sententiam citati sunt, facilis est responsio. Signorol. enim de Homodeo sibiipsi non fidit, ut animadvertit *Jas. d. cons. 182. in fin. vol. 2.* Joan. de Campeg. verò nititur tantùm auctoritate Signorol. neq; in hac opinione se firmare audet, sed eam solùm ex abundanti & perfunctoriè adducens, potissimùm nititur peculiari forma investituræ. Sic etiam Goneus, præterquam quod homo obscurus & modicæ auctoritatis est, in fine addit (ita disputativè dictum sit & videtur tenendum) atq; adeò hoc ipso satis testatum relinquit, semetipsum satis dubium & ancipitem esse. Et insuper opinionem ejus etiam tum temporis communiter reprobatam esse, ex consiliis sequentibus satis apparet, in quibus etiam ad omnes ejus rationes respondetur. Ideoque etiam *Paris. cons. 65. num. 44. vol. 3.* quoad ea quæ à Signor. de Homod. & Joan. Campeg. adducuntur, se remittit ad jam dicta Consilia.

Quantum igitur horum auctoritati præsertim contra receptissimas Interpretum doctrinas suprà adductas tribuendum sit, quilibet judicare poterit.

Sic neq; etiam auctoritates eorum, qui tenent proximitatem respectu primi acquirentis considerandam esse, tanti ponderis sunt. Si † enim cum 34 his contulerimus eos, qui paulò antè in contrariam partem citati sunt, facilè apparebit, quod hi illos non numero solùm, sed pondere etiam longè superent, & propterea non ambigendum sit, quin sententia contraria, tùm crebriore Intepretum calculo, tùm etiam usu sit receptior. Præsertim cum pleriq; ex his, qui priori opinioni subscripserunt, obiter tantùm & perfunctoriè eam attigerint: Nam † vel hac de causa in recensendis au- 35 ctoritatibus ne numerum quidem faciunt, *Paris. cons. 91. num. 48. vol. 3. Nevizan. in Sylv. nupt. num. 29. Alciat. de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 51. Menoch. cons. 51. num. 53.* præsertim verò † con- 36 tra eos, qui materiam istam ex professo & plenè tradiderunt, sed hi potiùs illis longè sunt anteponendi, *Abb. in c. bona. el. 2. col. fin. vers. dicit etiam. de postul. prælat. Fulgos. cons. 101. num. 3. vers. nam aliter. Jas. in l. 2. num. 25. de jureiur. & in l. re conjuncti. num 142. de leg. 3. Gozad. cons. 39. num. 17. Alciat. de præsumpt. 51. num. 5. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 71. num 39. & seqq.*

Sed ut manifestum fiat, quàm exigua sit contra sentientium auctoritas, age videamus de singulis, *Bald sive Philip. de Caset. cons. 137. num. 1. vol. 2. &*

Calde-

Calderin. conſ. 13. de feud. minimè aſſerunt, proximitatem reſpectu primi acquirentis conſiderandam, ſed hoc tantummodò, proximitatem non ſolùm ex conjunctione cum defuncto, ſed multò magis ex pacto ſive conventione primi acquirentis æſtimandam; quia (inquiunt) in feudi ſucceſſione non attenditur proximitas reſpectu perſonæ ejus à qua vacat feudum; ſed proximitas pacti ſeu conventionis ejus à quo venit feudum, q. d. licet proximitas ultimò loco defuncti regulariter attendi debeat, illud tamen locum non habet, quando adverſatetur pactis primæ inveſtituræ: Ideoq; cum in illa facti ſpecie, de qua conſulti fuerunt, in prima inveſtitura conventum fuiſſet, quod maſculi fœminis præferri deberent, inde reſponderunt primo de proximitate maſculorum tractandam, & hos anteponendos eſſe fœminis, quantumvis eſſent proximiores defuncto, atq; ita Calder. rectè interpretatus eſt, & contra Socin. defendit Decian. *in d. conſ. 3. nu. 271. vol. 4.* Tantum igitur abeſt, ut horum au-
37 ctoritas † nos oppugnet, ut potiùs nobiſcum faciat proximitatem ultimò defuncti ſemper attendendam eſſe, quoties pacta primæ inveſtituræ non repugnant.

Angel. conſ. 110. de eo tantùm agit, an uterinus frater in feudo ſuccedat fratri, & eum non ſuccedere concludit, ob hanc potiſſimùm rationem, quia in feudis illi tantùm, qui à communi ſtipite deſcendunt, & ratione ſtipitis conjuncti ſunt, ſuccedunt, cum interim uterinus frater ab eodem ſtipite non deſcendat. Quod igitur ibi ait *nu. 4.* quod ſucceſſio feudi niſi in ſtipite fundari non poſſit, & *ibid. in fin.* ſi ſtipes eſt cauſa ſucceſſionis, fratrem non venire ex collaterali linea, ſed ex aſcendenti. Item *nu. 7.* in feudis antiquis quem non venire tanquam ex linea collaterali, ſed ex natura primi principii, i. e. ſtipitis, & propterea ſemper originem feudi ſpectandam ac ultimum ſemper primi ſucceſſorem eſſe & ab eo cauſam habere, etſi per mille manus ambulet; hæc omnia ſecundum principalem ejus intentionem ita ſunt intelligenda, ut non alius præterquam is, qui à primo acquirente deſcendit, ad ſucceſſionem feudi admittendus ſit, quantumvis aliàs ultimo defuncto conjunctus ſit. Inde verò minimè ſequitur, inter eos, qui à communi ſtipite proveniunt, proximitatem non conſiderandam, neque eam ex perſona ultimi defuncti æſtimandam: Nihil igitur ad propoſitum facit Angel. auctoritas.

Pariſ. conſ. 2. & 3. vol. 1. utramq; opinionem tantùm refert, nihil de veritate earum definiens. Atq; *in conſ. 67. vol. 3.* doctrinam iſtam in eum tantùm finem adducit, ut oſtendat in feudis quem ſucceſſori præjudicare non poſſe; neq; neceſſe eſſe, ut is qui feudo ſuccedit, etiam ſit hæres in aliis bonis, ſed deinceps cum de ſucceſſione in feudo agendum eſſet, *num. 39. & ſeqq.* diſertis verbis concludit, eum, qui ultimo defuncto proximior fuit, tantùm ſuccedere excluſis remotioribus, quemadmodum jure communi in aliis bonis ſuccedi ſolet. Potiùs igitur Pariſ. nobiſcum facit, quàm ut ſententiam noſtram impugnet.

Natt. & Rubeus etſi hoc aſſerant, nituntur tamen ſolummodò auctoritate *Bald. Calderin. & Angel.* illa verò eos abuſos fuiſſe, ex his quæ jam diximus, manifeſtum eſt; præterea non ſolùm falſum eſt, quod inde exſtruunt, nepotem ex fratre ſive filium fratris unà cum patruo non ſuccedere patruo, cum *per text. in c. 1. de grad. ſucc. in feud.* contrarium uno ore doceant omnes Feudiſtæ ibi. Sed etiam ex hac ipſorum conſideratione deſtruuntur: Nam ſi proximitas ratione ſtipitis, uti ipſi volunt, conſideranda eſſet, ob hoc ipſum eò magis juri repræſentationis in linea recta deſcendentium locus eſſe deberet, & proculdubio filius fratris cum fratre ſuccederet:

quod

quod tamen ipsi negare ibi audent. Nullius ergo ponderis esse poterit auctoritas eorum falsa partium studio asserentium.

Ruin. Tiraquell. Didac. Menoch. Aquilin. Ant. de Petr. & Peregrin. aliud agentes & potissimùm de fideicommisso soliciti opinionem hanc inter alia satis perfunctoriè retulerunt, eamq; probant tantùm auctoritate aliorum, quos tamen vel aliud vel falsum asseruisse jam ostendimus. Nihil igitur auctoritas horum valere poterit contra eos, qui hanc materiam ex professo plenius explicandam susceperunt, per jura citata. *Decian. cons. 93. vol 3.* de ejusmodi facti specie loquitur, de qua *Bald. d. cons. 137. vol. 1.* ideoq; etiam ejus tantùm auctoritate nititur. Hanc verò nobis non obesse satis jam ostensum est. Joseph. Cumia. peronatis pedibus & satis tumultuariè in hanc transivit opinionem, motus tantùm auctoritate Tiraq. & Didaci, de quibus jam dictum est.

88 Cravet. † quidem *cons. 951*, hanc opinionem eo casu, quo una linea extincta ad aliam transeundum est, defendendam suscipit, sed id partium magis quàm veritatis studio ab eo fieri, ex rationibus quibus utitur, satis apparet. Nam primò allegat *Andr. de Isern. in c. 1. de natur. succ. feud.* quem tamen contrarium expresse asserere supra probatum est, quod verò de fideicommisso addit, de eo in responsione ad 3. Argumentum dicturi sumus. Deinde quod Cravett. ait, causam ob quam feudo in eadem linea manente ultimò defuncti proximitas consideratur cessare, quando ea extincta ad alias lineas transeundum est, contrà à nobis suprà post quartam rationem dubitandi & in sexta decidendi ratione probatum fuit, utriusque casus eandem esse rationem. Tertiò considerat Cravett. agnatum non succedere ultimo defuncto sed ex pacto & providentia primi. Quo autem sensu id dicatur, & quomodo accipiendum sit, paulò pòst dicemus. Minùs obstat, quod addit, una linea extincta ab auctore primo necessariò dinumerationem graduum fieri oportere. Nam ob hoc ipsum, saltem juxta computationem juris civilis, ab omnibus receptam, etiam ultimò defuncti proximitas consideranda erit.

Quod verò quartò considerat una linea extincta, ejus in computatione amplius non posse rationem haberi, & propterea necessariò primum auctorem & qui ei propior est, spectandum esse, hoc vanum esse ex ipsa juris civilis computatione gradus manifestum est, cum illa etiam, licet ad communem stipitem respiciat, nihilominus tamen personas in linea propter mortem ultimi possessoris extincta consistentes atq; in his etiam ultimò defunctum considerare & numerare soleat. Quæ his Cravetta subjungit de linea affectivè vel comprehensivè considerata, ea obscuriora sunt, quàm ut quippiam probare possint. Ad auctoritates quas quintò & ultimò adducit Cravett. satis jam responsum est. Nihil igitur in medium affert, quod aliquam veritatis speciem habeat, & propterea de auctoritate ejus sine probabili ratione hoc asserentis eo minùs curandum.

D. Gail. in locis citatis cum multis aliis eo tantùm respectu & quidem perfunctoriè hoc asserere videtur, quod non sufficiat, quem esse conjunctum ultimò defuncto, sed requiratur, ut à communi stipite descendat, quod item factum defuncti non obesse possit successori: ut cuivis rectius intuenti patebit: nihil igitur nobis obstat ejus auctoritas, quod si aliter sensit, minùs consideratè eum locutum esse ex iis, quæ hactenus probata fuerunt, satis apparet.

Vultejus nititur solum modò succedendi ratione & consuetudine, quæ olim cum jus feudorum conscribere-

tur,

tur, usurpata fuit. Et licet ea verbis textuum satis videatur consentanea, ac propterea etiam, si hisce tantùm inhærendum esset, facile defendi possit per ea, quæ in hanc sententiam attuli *in d. quæst. 19.* Quia tamen vetus ille Longobardorum succedendi mos jam dudum in desuetudinem abiit, & in locum ejus succedendi ratio juris civilis etiam in feudis consuetudine immemoriali introducta, & secundum hanc omnes, qui in jus feudale scripserunt, hactenus uno ore istud interpretati sunt, certè cōtra hanc receptissimam interpretationē nihil valere poterit pristini juris jam dudum abrogati consideratio, præsertim in judiciis per ea, quæ hactenus firmata fuerunt, & in responsione ad 4. argumentum dicenda erunt.

Cæterum quemadmodum exiguus est numerus & haud magna auctoritas
39 eorum, qui opinioni priori † subscripserunt, ut ex jam dictis liquet. Ita parum urgent etiam rationes supra adductæ, quibus eam probare conantur. Nam etsi verum quidem sit, in feudis non tàm ultimo decedenti, quàm primo acquirenti succedi, & quod semper ad primum stipitem & orginem feudi respiciendum sit, licet per mille manus transierit: quod item habito respectu ad primum acquirentem omnes tanquam descendentes ejus succedere intelligantur. Tamen omnes hæ doctrinæ & alia id genus eò solùm tendunt; & ab Interpretibus communiter in hanc sententiam & isto respectu traditæ & hactenus intellectæ fuerunt, ut iis ostendatur, non omnes, qui ultimo defuncto conjuncti fuerunt, sed eos tantùm, qui à communi stipite descendunt, ad feudi successionem admittendos esse, quod item factum defuncti non possit obesse neq; præjudicare successori, qui non ab eo sed à primo acquirente causam habet, & omne succedendi jus nactus est, ut apparet ex iis, quæ tradit *Angel. d. cons. 110. & Paris. d. cons. 65. vol. 3. & ex aliis locis suprà citatis.* Quod verò propterea collateralium inter se successione penitus sublata in feudis omnes à primo acquirente descendentes tantummodò huic veluti ascendenti in linea recta succedant, & propterea proximitas solùm respectu primi stipitis consideranda sit: Id sanè neq; ex iis necessario sequitur; quippe cum simul consistant, quod quis primi acquirentis beneficio ad feudi successionem vocetur, & tamen etiam ultimò defuncto, ut proximior ejus agnatus, succedat: neq; etiam Interpretibus, qui primi harum conclusionum auctores fuerunt, unquam in mentem venit: ut cuivis scripta eorum evolventi manifestum erit: quin potiùs contra disertis verbis asserunt, eandem esse etiam in feudis succedendi & computandi gradus rationem, quæ jure civili præscripta est; & propterea agnatorum in linea collaterali existentium successionem distinguendam à descendentium successione in linea recta: & in feudis ut in aliis bonis collaterales invicem succedere, atq; adeò proximitatem ex persona ultimò defuncti æstimandam esse, ut apparet ex locis suprà citatis. Qui igitur alio detorserunt has doctrinas, iis contra mentem auctorum abusi fuerunt.

Quinimò illi ipsi, qui ex jam dictis rationibus opinati fuerunt, primi tantùm stipitis proximitatem considerandam esse, nihilominus communes illas doctrinas, quas pro firmanda nostra sententia adduximus, præsertim verò eam qua gradus in feudis secundum jus civile computandos esse traditur, approbant, cum tamen hisce stantibus, opinio ipsorum consistere nullo modo possit, quemadmodum ostensum fuit. Ac propterea hisce inter se pugnantibus opinionibus, hanc successionis materiam ita involvant, & sibimetipsis contradicant, ut extri-

extricare se ab hoc Labyrintho nulla ratione queant: Quare hac etiam de causa minus ponderis habere poterit haec ipsorum opinio vel auctoritas.

40 Ex his modò liquet id, quod in secundo argumento majoris loco praemisimus, in † feudis tantummodò descendentes in recta linea succedere primo acquirenti, & propterea ad hujus proximitatem potissimùm respiciendum esse, neq; auctoritatibus neq; rationibus ibidem adductis, satis probari, sed contrarium juxta communem Interpretum sententiam & receptam succedendi consuetudinem verius esse. Quamobrem neq; id, quod de jure repraesentationis in linea descendenti in infinitum admittendo minoris loco assumptum est, rectè huc accommodari, neq; etiam ad interpretationem *cap. 1. de natur. success. feud.* adhiberi poterit. Et quod porrò consequens est, ex hoc repraesentationis jure, utpote quod inter collaterales ultra fratrum filios cum patruis succedentes patruo locum non habet, remotior tueri se nulla ratione poterit. Nam cessante praesupposito, cessat etiam dispositio, *l. generaliter. § si quis tutorem. de fid. libert. l. neq; enim. § 1. de mil. testam. l. quid ergò. § poena gravior. de his qui not. inf. c. cum Paulus 1. q. 1.* & quoties major sublata est, tum etiam minor, etsi in se vera sit, corruit, & nil nisi falsum inde sequitur.

41 Non moratur etiam nos distinctio Vulteii superius adducta, qua † existimat, proximitatem lineae tantùm ex persona ultimò defuncti aestimari, gradus autem proximitatem à primo acquirente petendam. Singularis enim ea est opinio, quae adstipulatorem non habet. Semper enim haec conjuncta sunt, ut ex qua persona lineae proximitas spectanda est, ex eadem etiam gradus proximitas sit aestimanda.

Quod tertio loco de fideicommisso dictum est, dubitatione non carer.

42 Multi † enim non minoris censurae Interpretes contrà existimàrunt, etiam in fideicommissis proximitatem potiùs respectu gravati, quàm respectu testatoris gravantis considerandam esse, ut docent *Socin. in l. Heredes mei. § cum ita. num. 16. ubi Torniell. ad Trebell. & in l. si cognatis. num. 30. de reb. dub. & cons. 86. vol. 3. cons. 249. col. 11. & cons. 253. vol. 2. cons. 73. num. 14. vol. 2. Socin. jun. dicens communem d. §. cum ita. col. 23. & cons. 126. num. 49. cons. 133. num. 27. cons. 116. nu. 25 cons. 135. nu. 3. vol. 1. & cons. 22. num. 28. vol. 4. Gozad. cons. 4. Paris. cons. 2. num 47. vol. 1. & cons. 89. num. 41. lib. 2. Ruin. cons. 40. inter cons. Rub. & cons. 191. lib. 1. cons. 101. 117. num. 25. cons. 123. num. 18. cons. 134. cons. 151. num. 3. cons. 159. nu. 6. cons. 162. num. 8. cons. 166. num. 50. cons. 167. num. 171. cons. 203. num. 20. lib. 2. cons. 35. col. ult. cons. 138. nu. 11. vol. 3. Rub. Alexand. cons 36. & 38. Bertrand. cons. 300. lib. 1. Corneus cons. 97. num. 20. vol. 1 cons. 22. nu 10. vol. 2. cons. 230. col. 10. vol. 3. Jas. cons. 84. vol. 1. Crot. int. cons. Rub. cons. 33. in fin. Curt. jun. cons. 125. Pulcra. num. 4. Roland. à Vall. 100. vol. 1 Joan. de Monte Sperell. cons. 125. num. 8. Berous cons. 93. num. 37. lib. 1. cons. 97. num. 15. cons. 120. num. 3. lib. 2. Alciat. cons. 32. nu. 8. cons. 480. nu. 12. & in l. pronunciatio. § agnatorum. de verbor. signif. Natt. cons. 1. nu. 46. cons. 41. nu. 28. Celsus Hugo cons. 120. nu. 22. & cons. 39. num. 6. Port. Immol. & ibi Torniel. cons. 121. 122. Cartular. inter cons. Port. cons. 52. num. 9. Cravett. cons. 67. col. 3. & cons. 664. num. 3. Bursatus dicens receptiorem & hodiè crebriorem cons. 170. num. 23. cons. 157. num. 13. Cephal. dicens magis communem cons. 46. nu. 24. & cons. 313. num. 18. & seq. cons. 416. cons. 600. num. 15. Clarus § testamentum. q. 76. vers. sed his occurrit. Osasc. cons. 71. num. 16. Hieron. de Laurent. decis. Avin. 37. Bolognet. cons. ult. nu. 76. Angusol. cons. 86. num. 2. cons. 64. num. 9. & 10. Simon. de Prat. cons. 161. num. 32. Decian. qui testatur de magis communi & veriori cons. 26. num.*

num.74.lib.2. & conſ.100.vol. 3. Marzar. de fideicom.part. 2. q.35. dicens ita judicatum in Rota Florentina, & conſ. 10. Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib.3.§. 27.n. 6. Palaez. de major.part.2.q 8. Molin.de Hiſpan.primog. lib.3. c.9. Pancirol. conſ.91. n. 16. conſ. 100. conſ 129. nu.5. conſ.145. num. 7. Bertazol. conſ.98. nu.2.& 27. Joan. Vincent. Honded. conſ. 70.n.2. Sfort.Oddus conſ. 39. nu. 29. & ſeq. Matth. Brun. conſ.3. n.9. Joſeph. de Ruſtic. in tract. de lib.poſit. in condit. cauſ. 1.n.17. Trentacin.de ſubſtit. part. 4. c.12. Proſper. Faſet. conſ. 41. num.5. conſ. 93. num 18. conſ.139. num. 18. Marrabr. ab Anguill.conſ 87. nu. 2. Cioff. conſ 7.nu. 23. & ſeqq. Colleg. Papienſ. in cauſa Trivult. num.36. verſ. ſi benè conſideramus, & ibi Menoch. de communi atteſtans nu.310. idem Menoch. conſ. 106. n.311. Matth. Leyman in cauſa Honold.n.113. Magon.deciſ. Lucenſ. 83.n.16. Anton. Galeaz. Malvaſ. conſ. 31. viſo caſu. Alexandr. Raudenſ.conſ. 30. n. 235. vol.2.& pleniſſ. conſ.14 n. 14. & ſeqq. vol.1. Rota Romar.deciſ.22.n.2.part.3. Anton.Gamma.deciſ. Luſit.206.num. 23. cum (f) *ſeq.* (f)

Secundum hanc igitur opinionem argumentum iſtud potiùs retorqueri, eoq; noſtra, quam defendimus, ſententia confirmari poterit. Sed quia propter autoritates plurimorum pro utraq; parte militantium id admodum controverſum eſt, ideò conſultò prætermiſimus, ne id quòd per ſe certum eſt, per minus certum confirmare videremus. Hac autem ſaltem de cauſa iſtud proponere libuit, ut oſtendamus neq; etiam contrariæ opinionis aſſertores certum argumentum inde deſumere poſſe.

Non remoratur etiam nos diſtin-
43 ctio ex Cephalo allata: nam † & ea ſingularis eſt, & opiniones diſſentientes non tàm conciliat quàm alteri præcisè adhæret. Non enim jam quæſtio eſt, quomodo computatio inter deſcendentes ultimò defuncti inſtituenda ſit, ſed quomodo ea facienda ſit, linea ultimò defuncti penitus extincta, quo caſu conciliatores iſti cum iis, qui defuncti perſonam planè excludunt, conſentiunt, & ſuperiùs cum reliquis ſunt refutati.

Quinimò poſito in fideicommiſſis proximitatem teſtatoris, non autem gravati ſpectandam, non tamen propterea ſequeretur, etiam in feudis idem obtinere debere.

Nam qui † in fideicommiſſis defen- 44
dunt, teſtatoris modò proximitatem, non autem gravati conſiderandam eſſe, nituntur potiſſimùm mente teſtatoris ex variis negociorum circumſtantiis veriſimiliter collecta, dum eos, qui ſibi proximè conjuncti ſunt, reliquis anteponere voluiſſe cenſetur. Cumq; fideicommiſſa à mera & ſola teſtatoris ea relinquentis voluntate dependeant, non mirum cur hoc etiam loco mens ac voluntas ejus ante omnia conſideretur, quicquid aliàs ſuccedendi ratio juris communis poſtulet: potuit enim ab ea pro libito recedere. Atqui feudorum conceſſiones non à ſola voluntate vaſalli recipientis, ſed etiam, & quidem multò magis à domini concedentis voluntate dependent, quippe cum in hujus poteſtate ſitum ſit, rei ſuæ legem, quam velit ab initio, dicere. Quantumvis igitur vaſallus eo tempore, quo feudum primo acquiſivit, voluerit, ut ſolita ſuccedendi ratione mutata ejus proximitas potiùs, quàm ultimò defuncti conſideretur, niſi tamen hoc expreſſerit, & dominus feudi etiam annuerit, atq; ea lege & conditione feudum conceſſerit, tùm feudum ſemper ſecundum propriam naturam, atq; adeò ita conceſſum eſſe intelligitur, ut juxta uſitatum ordinem jure communi præſcriptum in eo ſuccedatur, neq; deinceps integrum eſt vaſallo, hanc feudi naturam & ſucceſſionis rationem ſine conſenſu domini immutare, etſi maximè velit.

Quamobrem inde manifeſtum

est, in feudis solam voluntatem primi acquirentis ad novam succedendi rationem introducendam non perinde ut in fideicommissis valere, neque in considerationem venire, & quod inde porrò sequitur, ea quæ in fideicommissis ex testatoris voluntate multi concludunt, ad feudorum successionem aperta subsistente diversitatis ratione minimè accommodari, nec quicquam inde inferri posse, *ut aliquâ ex parte animadvertit etiam Cachetan. d. cons. 68. vol. 1.* & licet aliqui rationem ejus improbent, si tamen illa eo modo, quo jam dictum est, explicetur, non dubium est, eam ab omnibus recto judicio præditis probatum iri. Ideoque feuda à fideicommissis diversitatis tamen ratione non explicatâ distinxit. *Non. in d. cons. 1.*

Quod præterea de opinione eorum, qui inter feudum ex † pacto &
45 hæreditarium distingvunt, & de natura feudi hæreditarii adductũ est, id hoc ipso refutatur, quod superius ostensum est, communem & receptissimam Interpretum doctrinam, secundùm quam proximitas ultimò defuncti est consideranda, in feudo hæreditario æquè, atque in feudo ex pacto locum habere. Nam omnes rationes suprà consideratæ in feudo ex pacto & providentia non minus, quàm in hæreditario procedunt: Ideoque pleriq; ex Interpretibus suprà citatis partim generaliter, partim in specie de feudo ex pacto loquuntur. Nihil igitur curandum de auctoritate distingventium, cum non solùm communiter sit reprobata, sed & quàm exigui sit ponderis, paulò antè demonstratum fuerit.

Illud quidem facilè concedimus, siquidem de feudo tantùm hæreditario res esset, præter rationes suprà adductas, hanc sententiam etiam com-
46 muni illa † doctrina firmari posse, qua traditur, in feudo hæreditario quem ultimò defuncti hæredem esse debere, *Andr. de Isern. in c. 1. in princ. num. 1. an agnat. idem in c. 1. §. & olim. num. 7. de success. feud. Marin. Frecc. de sub feud. Bart. lib. 3. tit. de diff. feud. ex pact. diff. 10. Intrigl. quæst. 51. num. 209. Joan. Thom. de Marin. de feud. tit. 5. de feud. hæred. nu. 34. probavi. quæst. 1. n. 72. lib. 2. Schrad. de feud. cap. 7. quæst. 10. n. 19.*

Si enim in feudo hæreditario ultimò defuncto succeditur, necessariò inde sequitur, proximitatem etiã ejus respectu considerandam esse. Quia tamen hoc, valde controversum est, ut apparet ex locis suprà citatis; & communis sententia suis ipsa viribus se tuetur, tutius est ea tantummodò niti, quàm id quod per se certum est, per incertius firmando laxiorem disputandi campum aperire, istud tantummodò hoc loco monendum, eos qui concludunt etiam in feudo hæreditario non necesse esse, ut quis † sit 47
hæres ultimò defuncti, sed sufficere, cum esse hæredem primi acquirentis, minimè hoc voluisse, quod in feudo non succedatur ultimò defuncto, & propterea hujus proximitas non considerandа sit. Sed de eo potissimùm agentes, utrum successor tanquam hæres defuncti factum ejus præstare teneatur, hoc tantùm volunt, quod etsi feudum sit hæreditarium, qualitati tamen hæreditariæ in eo satisfiat, quod mediante persona antecessorum hæres primi acquirentis fuit, & propterea necesse non habeat, hæreditatem defuncti adire, neque inde facto ejus obligetur: Interim verò non negant, sed potiùs concedunt, agnatum ultimò defuncto succedere, atque adeò hujus proximitatem considerandam esse, ut cuivis Scripta eorum intuenti perspicuum esse poterit, & luculenter apparet ex Paris. *cons. 65. vol. 3.* Qui igitur in alium sensum hanc doctrinam detorquent, mentem Interpretum vix satis percepisse videntur.

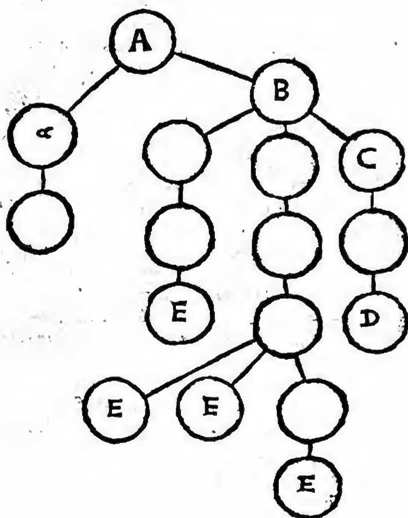
Quod

Quod quarto loco de computatione secundum jus Longobardorum † facienda diximus, negari non potest, si juri feudali scripto præcisè inhærere volumus, sententiam hanc, qua traditur, in feudalibus successionibus gradus non secundum jus civile, sed potiùs secundum jus Longobardorum sive Canonicum computandos esse, verbis textuum magis esse consentaneam, ideoq; ex iis facilè defendi posse. Quamobrem hi, qui vel in illa quæstione, vel in hoc proposito nostro, sententiam communem tantùm ex verbis textuum defendere conantur, nullo firmo nituntur fundamento, quin facilè evitari & retorqueri possit. Quia tamen aliud communiter receptum est, ab eo salva judiciorum auctoritate recedi non poterit. Neq; tamen interpretationes ejusmodi ex jure Longobardorum desumptæ planè de nihilo sunt. Etsi enim in foro non admodum magnus earum usus sit, in scholis tamen ad id maximoperè prosunt, ut verba textus rectiùs intelligantur, quo sensu nimirum à primis juris feudalis conditoribus quidq; dictum sit: quod cum reliqui Interpp. non satis diligenter considerarint, sed potiùs ad jus civile respectum habuerint. neq; tamen id ad verba textus satis commodè aptare potuerint, in varias & absurdas opiniones prolapsi sunt, quas tamen facilè evitare potuissent, si antiquitatis meliorem cognitionem habuissent, ut proinde labor iste in scholis suo fructu non careat. Fori verò & judiciorum longè alia est ratio: In eo enim Interpretationes, & hinc desumptæ opiniones novę, quantumvis verbis textus consentaneæ videantur, auctoritatem non obtinent, sed communibus & receptis Dd. interpretationibus & sententiis standum est, cum in judicando & consulendo communis opinio semper tenenda sit per jura suprà citata.

Præsertim cum jus Longobardorum, † quo altera sententia nititur, jamdudum in desuetudinem abierit, & ab aula recesserit, ut ait *Bald. in auth. dos data. C. de donat. ant. nupt.* de eo planè curandum non est, ut monet idem *in l. si in vità. in fin. C. de nupt. cum aliis in hanc sententiã adductis à Marant. Disput. 2. n. 19.* ubi multis probat, jus Longobardorum non amplius esse considerandum. Multò verò minùs propter juris illius rationem licebit mutare ea, quæ non solùm certam jam receperunt interpretationem *l. minimè de LL.* sed etiam per generalem consuetudinem totius Imperii & notoriam temporis immemorabilis observantiam introducta sunt: quippe cùm tanti temporis usus & observantia vim legis & privilegii Principis habere soleat, *l. hoc autem. §. ductus aquæ. de aq. quotid. & æstiv. Abb. in c. super quibusdam §. præterea. de verbor. signif. cum simil.* quã quidem consuetudinem Judex sequi tenetur, nisi Syndicatus periculo subjacere velit. Idq; in proposito vel ideò magis obtinere deberet, cum alioqui si hoc admitteretur, plurima inde absurda & inconvenientia sequerentur, quæ suprà in 8. fundamento fuerunt considerata. Neq; sanè ego, cum quæst. 19. lib. 2. sententiam illam post Hotomannum defenderem, in animo habui, omnem hactenus introductam computandi rationem convellere: sed hoc tantùm spectavi, ut rectius percipiatur id, quod jure feudali successio olim non ultra quartum vel septimum gradum extendebatur, ut ostendi *num. 40.* Non est igitur quod contrarietatis notam mihi quispiam propterea inurat. Quæ omnia ideò diligentius à me explicanda fuerunt, quod magnos quosdam viros in hac quæstione resolvenda, valdè confusos esse intellexerim. 49

Ad meliorem hujus Quæstionis intellectum hæc Genealogia præ oculis habenda est.

(a) *Hæc linea à successione planè excluditur.*



(A) *Primus acquirens.*

(B) *Linea ad quam feudum in prima divisione pervenit.*

(C) *Fibra ad quam feudum in secunda divisione pervenit.*

(D) *Ultimò defunctus, cujus morte hæc fibra penitùs extincta est.*

(E) *Hi pariter ad successionem adspirant, cum tamen alter altero gradu sit remotior.*

Quæritur an omnes, an gradu tantùm proximior sit admittendus.

ADDI-



ADDITIO

Simonis Ulrici Pistoris, Hartm. F.

(a) *Joan. Baptist. Ladrech. cons. 45. num. 7.*

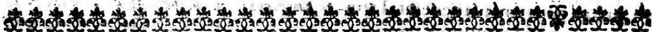
(b) Idem per hanc ipsam rationem in casu non multum absimili consuluit *M. Anton. Peregrin. cons. 20. n. 3. & seqq. lib. 2.*

(c) Latissimè hanc sententiam defendit *Joan. Baptist. Ladrech. cons. 45.* vide *cons. 136. num. 5.*

(d) Et *M. Ant. Peregrin. cons. 24. n. 24. & seq. vol. 2.*

(e) Adde *M. Anton. Peregrin. cons. 24. n. 24. vol. 2. Didac. Spino in specul. testam. glos. 19. princip. n. 60. & seq.*

(f) Eandem in Rota Bonon. receptam testatur & multis firmat *Cæsar Barz. decis. Bonon. 12. num. 7. cum seqq. vers. ad cognoscendum.*



QUÆSTIO XXIV.

PECUNIA PRO REDIMENDO FEUDO EX PACTO DATA, AN AD hæredes allodiales, an verò feudales redemptionis casu eveniente pertineat.

SUMMARIA.

1. *Pactum de retrovendendo dominii translationem non impedit, & n. 8. & potest interim res alienari in tertium irrevocabiliter n. 2. habetur tamen Contractus, cui apponitur pro resolubili n. 20. eoq; resoluto omnia, quæ prior emptor egerat, rescinduntur, n. 30.*

3. *Dominus rei habetur quis, etiamsi casu aliquo ab eo evinci possit, & n. 8.*

4. *Ex pacto de retrovendendo quando res redimitur, censetur nova venditio & laudemium debetur. Contra num. 23. & 31.*

5. *Pretium succedit loco rei, quando legatario res legata evincitur, & n. 15. Idem si ex pacto redimitur, n. 6. Declaratur num 32.*

7. *In successionibus mortis tempus inspicitur.*

8. *Ab incerto eventu quæ dependent, in considerationem non veniunt. Declaratur num. 33.*

9. *Conditio potestativa non retrotrahitur. Declaratur n. 34. Resolutiva autem contractui apposita retrotrahitur n. 21.*

10. *Retrotrahitio nunquam fit, quando res non est amplius integra. Declaratur nu. 35. nec in præjudicium ejus, cui interim jus est quæsitum n. 11. Declaratur n. 36, & requiruntur extrema habilia nu. 12. nec fit ad tempus, in quo actus commodè geri non potest, nu. 13. & nunquam contra mentem contrahentium, n. 14. nec fit nisi ubi æquitas id patitur, n. 16.*

17. *Hæres immobilium lucratur pecuniam ex redemptione rei immobilis redactam secundum quosdam contra n. 27.*

18. *Feudo redempto quomodo precium inter hæredes feudales dividatur, secundum Molinæum vide omninò n. 27. 28. 38.*

19. *Pecunia ex feudi redemptione redacta, ad hæredem feudalem pertinet. Contra num. 28. 38.*

23. *Ex futuro eventu sæpè de dominio rei interim pendente judicatur.*

24. *Feuda etiam post mortem agnati, qui cum pacto de retrovendendo redempta dispositioni de feudis tempore mortis existentib. subjacent.*

25. *Feudum vigore pacti de retrovendendo redemptum dicitur feudum antiquum non novum.*

26. *Res vigore pacti de retrovendendo redempta venit in restitut. Fideicomm. & omnem pristinam naturam assumit, ut multis probatur.*

29. *Actus resolutus in consideratione amplius non est.*

37. *Sortem cui se submisit ferre quisq. tenetur.*

39. *Subrogatum non sapit naturam ejus, in cujus locum subrogatur stante diversitatis ratione.*

(a) QUidam feudum emerat (a) concessa venditori facultate redimendi intra annos duodecim: Et cum paulò pòst vita functus esset, relicto filio & filia, in feudo illo successerat filius. Et hoc etiam defuncto, feudum exclusa sorore, ad patruum pervenerat: Deinde venditor redemptionis tempore nondum penitùs elapso feudum refuso precio redemerat. Quærebatur igitur, utrum precium istud feudi ad filiam emptoris, quæ tam patri quàm fratri in allodialibus successerat, an verò ad patruum, à quo possidente feudum fuerat redemptum, pertineat. Et pro possessore feudi multæ sanè probabilis juris rationes militare videntur. Primò enim certum est, emptorem dominum ejus ex venditionis contractu & traditione subsecuta factum esse, quantumvis redimendi facultatem concesserat venditori.

1 Cum pactum † de retrovendendo non impediat, quò minus interim dominium rei in emptorem transferatur, ut probatur *in l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit.* ubi hoc not. Dd. inde concludentes, quod emptor interim fructus suos faciat: quod non fieret, nisi esset dominus, siquidem fructus dominium sequi soleant, *l. fructus. & l. in fundo. & l. ex diverso. de rei vendic. l. Herennius. de usur.* Idemq; sensit etiam *gl. in c. illo vos. in verb. percepti. & ibi Dd. de pignor. Angel. conf. 55. in fin. Petr. de Anchor. conf. 30. col. 2. Paul. de Castr. conf. 109. in fin. vol. 2. Socin. conf. 170. col. 5. vol. 2. Jas. conf. 92. col. 4. vol. 1. Decius conf. 167. & conf. 170. col. pen.*

Quod adeò verum est, ut is, qui cum pacto de retrovendendo emit rem, dominium ejus iterum vendendo in † alium transferre, atq; hoc ipso impedire possit, ne primus venditor illam à possessore repetere queat, ut firmat *Alex. conf. 10. vol. 1. Curt. sen. conf. 12. Ruin. conf. 32. col. pen. & conf. 76. num. 9. vol. 1. Zasius conf. 12. num. 33. & 70. vol. 1. Cagnol. in l. 2. in ult. not. C. de pact. int. empt. & vendit.* Nam vel hinc manifestum est, emptorem dominum interim esse, ut in simili dicitur *in l. si ex duobus. §. sed & Marcell. de in diem addict.* Cum nisi ipse dominus esset, dominium aliter transferre non posset, *l. traditio. in princip. de acquir. rer. domin.* 2

Sic & aliàs † quis dominus rei alicujus etiam pleno jure est, quantumvis ab eo evinci, redimi vel repeti possit, *l. non ideò. de rei vendic. l. 1. §. servo. de SC. Syllan. l. si fur. de usufruct. l. Julianus 1. §. fin. junct. l. seq. ubi Bald. & Angel. not. de rei vendicat. l. 1 & ibi Bald. C. de revoc. donat. l. ancillam. & ibi Bald. & Angel. C. de actio. empt.* Cum igitur emptor feudi dominus ejus factus fuerit, utiq; dominium istud in filium ejus, atque inde in fratrem patruum filii defuncti translatum fuit, & quod consequens est, precium ejus ad patruum possessorem & dominum feudi, à quo istud redimitur, pertinere debet. Nam in aperto est, quodvis precium rei venditæ domino rei, à quo emitur vel redimitur illa, persolvendum esse. Neq; quò minus istud fiat, pactum de retrovendendo, ex quo feudum redimitur, magis obstaculo esse poterit, quàm translationi dominii: Sed quemadmodum 3

hoc

hoc pacto non obstante nihilominus dominium in emptorem transfertur, ita etiam impedire non debet, quò minus precium ad possessorem dominum rei pertineat.

4 Præsertim † cum hoc etiam casu, quando res ex pacto de retrovendendo redimitur, prior contractus non ipso jure resolvatur, ut in pacto l. commissoriæ vel addictionis in diem *l. si res §. fin. & l. seq. de in diem addict.* Sed nova quædam venditio fiat, *l. pacta conventa. de contrah. empt. juncta. l. si unus. §. pactus. de pact. per quæ jura hoc tradit Angel. cons. 55.* Ex quo etiam plerique existimarunt, ex ejusmodi venditione novum deberi laudemium, ut censit *Jacob. de S. Georg. in tract. de Royd. & Oper. col. 10. vers. per prædicta. inferius Paul. de Castr. in l. 1. C. de pact. int. empt. & vendit.* Nam vel hinc verisimile fit, precium ex hac nova venditione redactum ad possessorem redimenti vendentem spectare, ad quem etiam dominium rei venditæ pertinuit, atq; adeò hunc precium istud ex re sua quæsitum optimo jure petere. Sicut in simili (quod pro sententia ista plurimum urget) de fundo legato traditur.

5 Si is † post mortem testatoris evincatur per restitutionem in integrum restituto precio, id precium tanquam subrogatum in locum fundi debetur legatario, *l. qui solidum. §. 1. de leg. 2. facit text. in l. filiæ. §. à Titio. de condit. & demonstrat. & l. si donatæ. §. si sponsus. de donat. int. vir. & uxor.*

6 Ex † quo etiam in materia pacti de retrovendendo respondet *Anton Rub. 58.* Si quis emerit fundum cum pacto de retrovendendo, & fundum hunc legaverit alteri, Deinde verò venditor eum redemerit, quod legatarius istud redemptionis precium possit repetere ab hæredibus, quod refert & sequitur *Tiraq. de retract. tit. 2. in fin. nu. 172.* Idem magis confirmabitur, si jus etiam filiæ consideraverimus. Certum est enim eo tempore, quo mortuus fuit emptor feudi, precium ejus in bonis & hæreditate non fuisse repertum, sed eum feudum emptum tantummodò possedisse, idq; ad filium successorem feudi transtulisse. Nullum igitur filia succedens patri eo quidem tempore jus in precio isto, quod in bonis defuncti non fuit, potuit consequi, & quod porrò sequitur, ne nunc quidem istud jure petere poterit.

Cum in successionibus † mortis & 7 aditionis tempus considerari soleat, *§. ita demum. Instit. de hæred. quæ ab intestat. defer. §. in extraneis Instit. de hæred. qualit. & diff. l. neq. §. 1. de hæred. instit.* Neq; refert, quod hoc mortis tempore integrum adhuc fuit venditori redimere istud feudum, atque ex hoc spes aliqua subsit recuperandi precii, cujus respectu videri possit, filiam aliquod jus saltem ex futuro eventu dependens, jam tum consecutam, quoad precium istud. Nam cum ex pacto de retrovendendo emptori ejusq; hæres nullum jus repetendi precii habuerit, sed redimendi jus in libera venditoris voluntate consistat & propterea mortis tempore dubium & incertum adhuc fuerit, utrum redempturus sit feudum nec ne, utique hujus redemptionis & precii inde redigendi nulla videtur habenda ratio.

Cum † ea, quæ fieri possunt, nisi 8 certa & infallibilia sint, in considerationem venire non soleant, *l. naturalem. §. multa accidere solent ut non capias. de acqu. rer. dom. §. illud quæs. Inst. eod. tit. l. quemadmodum. § si navis A. l. Aquil. l. 1. de in lit. jur. l. plerunq. de reg. jur.* Ex quo etiam in specie considerari non solere, quod ex pacto de retrovendendo redimi possit, tradit *Decius cons. 279. nu. 2.* Quod vel ideò magis obtinet, quoniã neq; is, cui redimendi jus competit, oblato precio habet jus purum, sed conditionale, si precium solvat, *l. 2. & l. si à te. C. de pact. int. empt. & ven.* Et propterea precium, quod debet accipere emptor, non erat prius in obligatione,

ccc 4 sed

sed in conditione, *l. 1. §. item si ita ad l. Falcid. & l. si ita stipulatus. ubi not. de verbor. obligat. l. si quis sub conditione. si quis omiss. caus. testam.* Nullum igitur neq; ulla obligatio in bonis emptoris mortis ejus tempore esse potuit, ut in simili considerat *Aretin. in l. ea demum. C. de collat.*

Præterea ex hoc ipso, quod jus redimendi in libera venditoris potestate & arbitrio situm est, videtur precii restituendi conditio potestativa esse, & propterea † quantumvis conditio illa extiterit, & precium solutum fuerit, non tamen retrotrahitur ad tempus mortis illius, de cujus hæreditate & successione agitur, *l. qui balneum. & l. qui potior. qui pot. in pign. l. si servus. §. fin. de stipul. serv. cum simil.* Minime itaq; precium pro redimendo feudo solutum ad tempus mortis retrotrahi, neq; inde pro eo haberi potest, ac si jam tum in hæreditate defuncti fuisset, ut jus aliquod filiæ in precio quæri potuerit, sed potius omnis succedendi ratio secundum mortis tempus & eum rerum statum & conditionem, quæ tum fuit, dijudicanda erit, cumq; eo tempore precium non in hæreditate, sed feudum tantùm extiterit, sequitur, filiam nullum jus precii ratione consequi potuisse, ut arguit *Tiraquel. de retract. tit. 1. ad fin. num. 12.* Quin etsi demus aliàs regulariter, quoties fundus venditus redimitur, soluto precio retrotractioni locum esse, & per hanc rem iterum in eum statum reponi, in quo ante primam venditionem fuerat, multæ tamen in proposita facti specie subsunt causæ, cur ejusmodi retractioni locus esse non possit.

9

10 Non solùm † enim mortuo primo venditore feudum hoc ad filium devolutum est exclusâ filiâ, sed & hoc defuncto jam ad patruum transivit, remotis hæredibus ejus allodialibus, atq; propterea mutato penitùs statu pristino res ampliùs integra non esse videtur, quo casu nullus actus retrotrahi solet, *ut not. in l. bonorum. rem rat. hab. Bart. in l. si uxor. §. si quis uxorem. in 2. oppos. ad l. Jul. de adult. Bald. & Salic. in l. Pantonius. in princip. de acquir. hæred. Alex. cons. 167. num. 3. vol. 6. & cons. 78. num. 23. vol. 5. Decius cons. 247. num. 5. Socin. jun. cons. 101 nu. 19. vol 2.* Cum præsertim interim possessori jus in feudo quæsitum fuerit, & propterea in maximum ejus redundaret præjudicium, si precium pro redemptione solutum ad tempus mortis primi venditoris retrotrahi, atq; inde filiæ ejusvè hæredibus adjudicari deberet.

Nunquam † enim retrotractio 11 locum habet in præjudicium juris, quod interim fuit quæsitum alteri, *ut not. in l. bonorum. & in l. si in debitum §. 1. rem. rat. hab. gl. in c. ratihabitionem. de reg. jur. in 6. Bald. in l. observare. §. posthac. de offic. Procons. Jas. in l. filio quem pater. num. 21. de liber. & posthum. Afflict. decis. 286. Paris. cons. 14. num. 3. & cons. 19. num. 10. vol. 1. Ruin. cons. 72. num. 8. vol. 3. cum aliis adductis à Cacheran decis. Pedemont. num. 26. & Bursat. cons. 40. num. 27.* Accedit hisce, quod manifestum est, filiam non posse feudum hoc retrovendere, nec quicquã ad hunc retrovenditionis actum conferre, sed hanc retrovendendi facultatem omnem penes patruum possessorem feudi consistere.

Nam hinc etiam hæc feudi redemptio in commodum filiæ retrotrahi † non poterit, tanquam deficiente extremo habili, cum ad hoc, ut 12 actus retrotrahi possit, omninò requiratur, extrema esse habilia, ut docet *Bald. in l. si is qui pro emptore. nu. 55. de usucap. quem sequuntur omnes ibi. Dec. cons. 247. circa fin. inquiens. Hoc esse irrefragabile fundamentum. Ruin. cons. 2. nu. 6. vol. 2.*

Sic etiam non retrotrahitur † actus, 13 quando illo tempore, quo retrotrahi debet, non æquè commodè geri potuit, *Bart. in l. bonorum. rem rat. & in d.*

l. si is

l. si is qui pro emptore. num. 52. & ibi Jas. num. 342. Alex. d. cons 87. num. 22. Dec. in l. semper qui prohibet. num. 13. de reg. jur. Quinimò ipsius primi emptoris voluntas retrotractioni adversari videtur. Is enim pecuniam in feudi emptionem collocando utiq; commodum ejus potiùs ad agnatos successores feudales, quàm ad filiam aliosvè hæredes pervenire voluit: Et quamvis redimendi facultatem permiserit venditori, hoc tamen potius ex eo, quod venditor alio modo vendere noluit, quàm ex spontanea voluntate emptoris provenit, cum hunc potiùs dominium feudi emptione irrevocabiliter quærere voluisse credibile sit.

Huic verò ejus voluntati plurimùm repugnaret, siquidem feudo deinceps redempto precium ejus filia consequi
14 deberet: Quare † hac etiam de causa retrotractio in proposito minus admittenda erit. Cùm ut in aliis, ita etiam quando de retrotrahendo agitur, voluntas contrahentium potissimas partes obtineat, & illi vel locum facere, vel etiam impedire possit, ut post alios firmat *Marrabr. ab Anguill. cons. 301. num 34.*

15 Unde † simul apparet, hujus casus nostri eandem esse rationem, quæ fundi legati & postea evicti, de quo suprà diximus *ex l. qui solidum. §. 1. de leg. 2.* & propterea text. hunc eò magis huc facere. Nam quod ibi precium restitutum pro fundo in locum fundi legati subrogatur, & legatario debetur, id ex verisimili voluntate testatoris provenire existimatur, ut etiam considerat JCtus ibi conjectura voluntatis. Idem ergò in proposito dicendum, ut propter voluntatem primi emptoris, qui commodum hujus pecuniæ in feudum collocatæ ad agnatos potiùs pervenire voluit, precium pro feudo redempto solutum ad possessorem feudi pertineat. Hinc etiam æquitatis rationi consentaneum non videtur, si filia precium istud consequeretur, Tum quia, ut dictum est, hoc adversaretur voluntati emptoris. Tum etiam, quia per se iniquum est, eum qui feudum possidet & istud vendit, precio ejus carere, contrà verò filiam, quæ neq; retrovendendi facultatem, nec quicquam juris in feudo habet, precium ejus consequi debere.

Quare vel hac de causa retrotractioni locus esse non poterit: Ut enim retrotrahatur quid, per fictionem † 16
contingit, & propterea nunquam admittitur, nisi quando æquitas hoc suadet, hac verò cessante, nihil retrotrahitur; *l. postliminium. in princ. de capt. & postlim. revers. not. Dd. in l. 1. & in l. Balneum. qui potior. in pignor. Bart. in d. l. si is qui pro emptore. Alex. in d. cons. 78. nu. 21. vol. 5. & cons. 228. num. 3. vol. 6. Socin. sen. cons. 41. in princ. vol. 4. Decius in d. l. semper qui non prohibet. in fin. de reg. jur. Marrabr. ab Anguill. cons. 31. num. 20.* Cum itaq; tot jam argumentis ostensum sit, retrotractioni locum in proposito non esse, sequitur inde, sive mortis tempus sive etiam præsentem rei statum consideraverimus, filiam in precio isto nullum jus consequi posse. Mortis enim tempore, ubi de successione agebatur, precium in hæreditate non fuit, sed feudum tantùm extitit, & licet deinceps in redemptione solutum fuerit, istud tamen pro eo ac si mortis tempore extitisset, aliter haberi non potest quàm per retrotractionem: quam hoc casu non admittendam esse, satis jam probatum est. Nullum igitur ex successione filia jus in precio consequi potuit. Multo verò minus retrovenditionis tempore. Nam Tum non de successione, quæ ad mortis tantùm tempus referenda est, sed de retrovenditione agitur, cujus natura hoc secum affert, ut precium rei is percipiat, qui dominus ejus fuit & vendendi facultatem habuit.

Deniq; hæc opinio probatur auctoritate

17 ritate † eorum, qui in casu simili, quo statutum mobilia aliis hæredibus, aliis verò immobilia defert, putarunt, si quis rem immobilem cum pacto de retrovendendo emerit, & hæc eo defuncto ad hæredes bonorum immobilium transierit, deinde verò ab eo redempta fuerit, quod tum precium inde redactum nihilominus ad hæredem immobilem, à quo res illa redempta fuit, pertineat, ut sensit *Fulgos. Alex. & Aretin. in l. ea demum. C. de coll.* Est enim præsentis negocii eadem prorsus ratio.

Et magis in specie confirmatur ex eo, quod de feudo cum pacto de re-
18 trovendēdo empto scriptum† reliquit *Molin. in consuetud. Paris.* eo redempto precium inter successores feudales dividi debere, non pro quota hæreditaria, sed pro portione quam quisq; habet in feudo, propterea si in feudo isto esset jus primogenituræ, cujus vigore dimidii pars feudi pertineret ad primogenitum, hunc non æquas portiones cum cæteris, sed quantum ex hoc jure de feudo ad eum pertineret, etiam de precio capere. Quia, inquit, verè suas portiones revendunt, & dissolvitur prior contractus per novum contractum, atq; inde etiam casum istum distinguit ab eo, in quo non ex nova venditione sed nuda resolutione contractus paterni percipitur, existimans hoc casu pro portione hæreditaria precium dividendum, secus quando ex pacto de retrovendendo resolvitur venditio, & addit pro hoc optimè facere text. *in l. Lucius Titius 88. §. insulam. 13. de leg. 2.* ubi si plures legatarii cousentiant venditioni fundi legati, debent percipere precium pro portione reditus, quos percepturi erant venditione non facta.

19 Deniq; in † terminis hoc tradit *Ursill. in addit. ad Afflict. in decis. 396. in fin.* si quis feudum, in quo locus est juri primogenituræ, emerit cum pacto de retrovendendo & primogenitus venditoris istud post mortem emptoris redemerit virtute pacti, quod precium perceptum ex hoc feudo dicatur feudale, & in eo succedat primogenitus emptoris attento tempore mortis patris, quo tempore nondum redemptum erat. Motus potissimum, quia subrogatum sapit naturam subrogati, *l. cum quem. §. qui injuriarum. si quis cautio.*

Etsi autem hæc probabilia admodum videantur, si quis tamen hujus negocii qualitates rectius perpenderit, facilè deprehendet, illa à vero aliena, contrariam autem sententiam juris rationibus magis consentaneam.

Venditio enim cum pacto de retrovendendo facta inter † eos contractus 20
referri solet, qui sub conditione resolvuntur, non quod ipso jure resolvantur, sed redemptionis tempore intervenientibus demum iis, quæ ad resolutionem contractus necessaria sint, *ut per not. gl. in l. 3. de in diem addict. tradunt Dd. in l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit. Decius cons. 297. col. 2. & cons. 308. col. 8. & pluribus firmat Tiraq. de retract. tit. 2. §. 2. gl. 1. num. 47. & in l. si unquam. in verb. revertatur. num. 283. C. de revoc. donat.* Harum autem conditionum contractus resolventium ea solet regulariter esse natura, ut licet interim priusquam eveniant contractus non suspendatur, sed is pro puro habendus sit, tamen postquam exti-
terunt perinde † ut quævis alia condi- 21
tio contractui apposita, retrotrahantur ad ipsius contractus tempus, *l. 2. §. id quoq; de collat. bonor. not. Dd. in l. filiusfam. de verbor. obligat. & in l. quæ legata. & l. seq. de reg. jur. cum similib.* Secundum hanc igitur retrotractionem de precio isto ex redemptione redacto juxta tempus ipsius contractus judicandum, idq; pro eo habendum erit, ac si in feudi emptionem non fuisset collocatum, sed in bonis defuncti semper atque adeò etiam mortis tempore mansisset: Quippe cum hæc sit

sit potissima vis atq; effectus retrotractionis, ut probatur in locis citatis. Unde consectarium porrò est, precium hoc ad filiam potiùs quàm ad fratrem defuncti pertinere. Nullum enim dubium est, quin si mortis tempore precium in bonis defuncti fuisset, ad filiam istud fuerit transmissum. Nec quicquam refert, quod tum etiam filius extiterit, ex quo mediam tantùm partem ad eum pertinere videri posset: Nam cum ipsa deinceps etiam huic filio fratri suo in bonis allodialibus successerit, hinc etiam hujus portio ad illam devoluta est. Deinde certum est, ex hac venditione cum pacto de retrovendendo inita hæredes defuncti fuisse obligatos ad retrovendendum, ita tamen ut precium recuperent. Quippe cum obligationes tàm activè quàm passivè in hæredes transire soleant, atq; inde in hæreditate esse intelligantur. Quamobrem hoc etiam respectu obligatio ista cum annexo ei commodo jam tum mortis tempore in bonis defuncti fuisset, atq; inde filiæ jus in precio eo casu, quo redimeretur feudum, aditione quæsitum censetur. Licet igitur interim prius quàm redimatur feudum agnatus istud possideat, non tamen in arbitrio ejus situm esse debet, ut jus filiæ in casum, quo redimeretur, quæsitum in precio eidem auferat, *contra l. id quod nostrum. de reg. jur. cum similib.* Quin potiùs longè tum æquius tum justius fuerit, ut quamvis ad præsentem statum quod attinet, feudum in hæreditate reperiatur, & istud propterea ad agnatos devolvatur, quia tamen adhuc res in eo statu est, ut feudum redimi & precium ad hæreditatem redire possit, interim ad hunc casum futurum quod attinet, res in pendenti & propterea futurus redemptionis eventus expectetur, atq; ex eo etiam de precio reddito ita judicetur, ac si ab initio in hæreditate fuisset.

22 Non enim † rarum est, ut ex futuro demum eventu quis futurus sit successor vel aliud quippiam statuatur, *l. proponebatur. l. pen. §. fin. de Castrens. pecul. l. si Titius. in pr. ibi ex eventu solutionis. de leg. 2 l. si servus. §. 1. de acquir. rer. domin. l. in bello § 1. & l. bona. §. 1. & 2. de capt. & postlim. revers. l. qui res suas, §. rem autem, & utiq; cuius fuerit eventus declarat. de solut. cum aliis in casu simili ad hoc propositum adductis à Tiraq. de retract. tit. 1. in fin. num. 18. & seqq.* Idq; in hoc casu vel ideò magis locum habet, quoniam non solùm possessor feudi ea lege atq; conditione feudum successione quæsierit, ut nihilominus ex contractu defuncti istud retrovendere atq; invitus permittere cogeretur, ut precium pro eo expensum iterum in hæreditatem rediret, ut proinde nullam hoc nomine conquerendi justam habere causam possit. Sed hoc etiam consentaneum est voluntati defuncti. Is enim etsi pecuniam in rem feudalem collocaverit, tamen cum retrovendere permiserit, ad hunc etiam casum, quo redempto feudo precium denuò recuperaturus esset, eum respexisse manifestum est, atq; inde etiam ut precium hoc tanquam res hæreditaria ad hæredes bonorum allodialium perveniat, voluisse eum, credibile est, *argum. l. 3. & l. conficiuntur. de jur. Codicill.* Par igitur est, ut agnatus, qui ex contractu defuncti feudum hoc consequitur, etiam quoad precium ex redemptione perceptum voluntati defuncti sese accommodet.

Comprobatur præterea hæc sententia ex eo, quoniam pacti de retrovendendo ea est natura, ut quãdo illius vigore redimitur res vendita, non † dicatur novus contractus celebrari, vel de novo aliquid acquiri, sed quia hoc fit necessariò ex debito & necessitate primi contractus, potiùs censeatur executio sive resolutio primi contractus, ac propterea omnia in pristinam causam & statum reducantur, in quo fuerunt primi contractus tempo- 23

tempore, perinde ac si res vendita non fuisset; *arg. l. si unius. §. pactus ne peteret. ibi sed formæ suæ redditur. de pact. l. filio quem pater. de liber. & posth. l. si tibi pecuniam. si cert. petat. l. voluntate. §. 1. ibi. sed in pristinam causam res redit resoluta venditione. Quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* Idq; in specie docuit *Bart. in l. in diem. de aqu. pluv. arcend.* sentiens, quod venditor redimens rem ex pacto dicatur eam habere ex prima causa non ex titulo redemptionis secutæ; quia hæc secunda venditio dicitur executio illius pacti: Ideoq; potius secundum primam causam rem dijudicandam. Quod communiter sequuntur *Dd. citati à Tiraquell. de retract. tit. 2. §. 1. gl. 1. num. 10. & seq. & Cravet. cons. 202. num. 34. allegans pro hoc l. si hæres. de act. empt.* ubi quando hæres vendit rem ex mandato testatoris, emptor dicitur habere ex testamento non ab hærede ex causa emptionis, quia venditio fit ab hærede in executionem testamenti, & ideo emptor dicitur habere ex prima causa cum aliis in hanc sententiam adductis à Tiraq. *de retract. tit. 1. §. 19. gl. 2. num. 4.* Ex quo consuluit Decius *cons. 88. num. 3.* Quando bona, quæ diu extra familiam fuerunt, ex pacto de retrovendendo redimuntur, quod tum nihilominus pro patrimonialibus sint habenda, quia, inquit, illa retrovenditio erat necessaria, & per eam talia bona ad eorum propriã naturam redierunt, & propterea res recuperata dicitur esse ejusdem qualitatis, prout erat ante venditionem, quod sequitur *Cagnol. in l. 2. in 50. qu. nu. 176. C. de pact. int. empt. & vend. Molin. in consuetud. Paris. §. 11. num. 29.* qui
24 inde in terminis consuetudinis † concedentis primogenito prærogativam in feudis repertis in successione patris concludit, si pater feudum cum pacto de retrovendendo alienarit, & filii post obitum ejus istud redimerent, primogenito nihilominus prærogativam illam competere, quantumvis mortis tempore in bonis & successione patris repertum non fuerit, quem sequitur *Tiraq. de retract. tit. 2 in fin. quæst. 43. num. 175. & de jure primogen. quæst. 81. & Marian. Frecc. de feud. lib. 2. auctor. 5. num. 19.* inde concludens
pro feudo antiquo vendito à patre & 25
ab hærede redempto ex pacto de retrovendendo præstanda esse servitia tanquam de feudo antiquo non tanquam de novo: quia (inquit) cum feudum perveniat ad hæredem ex pacto inito cum defuncto, redit in suam priorem causam, & perinde est, ac si nunquam recessisset à defuncto, sed fingitur semper in hæreditate fuisse. Hinc etiam respondet Decius *cons. 238. col. fin. num. 4.*

Si † hæres rem à defuncto venditam 26
ex pacto de retrovendendo redemerit, quod illam restituere teneatur fideicommissario, quantumvis mortis tempore in bonis defuncti non fuerit, quia postquam recuperata fuit, dicitur esse apud hæredem ex causa prima, quod sequitur *Cagnol. in d. l. 2. quæst. 94. num. 254. Cravett. d. cons. 202. Gratus cons. 160. vol. 2. Cephal. cons. 460. per tot. ubi hoc declarat Melch. Palaez. de major. part. 1. quæst. 20. num 49. Sebast. Medic. de conservand. possess. in pr. num. 49. Peregr. de fideicomm. artic. 42. nu. 21.* Ex eadem ratione tradidit Palaez. *de maiorit. part. 4. quæst. 19.* quod fundus redemptus, qui antea fuerat majoratus, eandem habeat qualitatem sicut erat antea: quia res redempta dicitur eadem & ejusdem qualitatis, quæ primitus illi inhærebat. Sic & in casu, quo vigore consuetudinis bona à matre obvenientia ad proximiores ex parte matris devolvi debent, in Consilio Neapolitano decisum fuit, reditus quos venditos à matre filius succedens redemerat ex pacto ejusmodi, pro eo haberi, ac si à matre provenissent, ac propterea ad proximiores ex parte matris spectare, quia isti reditus redempti in pristinam causam reinciderunt,

derunt, *d. l. voluntate. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* & refert *Vincent. de Franc. decis. 39 nu. 1. part. 1.* Idem ergò & in proposito statuendum, ut licet precium ipsum in bonis defuncti mortis tempore non fuerit, tamen quia deinde contractu ex pacto defuncti resoluto omnia in pristinam causam reponuntur, unde non minùs ac si mortis tempore extitisset, pro re hæreditaria habenda atq; ad filiam hæredem pertinebit, ut satis apparet in speciebus enumeratis, præsertim verò in casu Molinæi, qui optimè huc facit. Idq; eò magis, quo hic noster minorem dubitandi rationem habet, quàm ille. Molinæus enim de ea specie loquitur, in qua hæredes redemerant feudum alienatum, quia tamen redimendi necessitas non ita incumbebat, sicut in proposito possessor feudi ad retrovenditionem cogi poterat, sed sponte ac voluntariè redemerant, ut seq. nu. 30. ad aliud propositum idem considerat. Deinde de ejusmodi consuetudine verba facit, quæ de feudis in successione patris inventis disertè disponebat, propter quæ verba veritatem exigentia meritò dubitari posset, utrum jam dictum admittant: Neq; tamen propterea minùs ex jam adducta ratione concludit, feudum redemptum pro eo habendum ac si in bonis defuncti fuisset, ac propterea primogenito prærogativam in eo cōpetere: Respondens ad regulam, quæ fictionem à consuetudinis sive statutorum interpretatione removet. In negocio autem nostro possessor feudum retrovendere necessariò tenebatur. Neq; enim quicquam subest, quod fictionem illam juris paulò antè consideratam impedire possit. Non itaq; ambigendum, quin longè magis Decisio Molinæi hîc sibi locum vendicet. Confirmat deniq; hanc sententiam plurimum communis illa Interpretum doctrina, qua in casu statuti aliis hæredibus mobilia aliis immobilia deferentis tradunt, si quis emerit 27
† fundum cum pacto de retrovendendo, licet is ad heredes immobilium interim, priusquam redimatur, pertineat, Si tamen inde redemptus fuerit, quod tum precium ejus ad hæredes mobilium spectet, ut senserunt *Cyn. Alber. Bald. Corn. & Decius in d. l. ita demum. Boer. cons. 3. quod etiam habetur post Dyn. de reg. jur. incip. Jaquelina in 3. dubio. Zas. in l. filiusfam. de verbor. oblig. & multis defendit Tiraquell. de retract. tit. 1. in fin. num. 14. & seq.* (b) Unde & idem *Tiraquell. eod. tract. tit. 2. in fin. quæst. 44 num 177.* contra Molinæum statuit, si quis feudum, in quo locus est juri primogenituræ, emerit † 28
cum pacto de retrovendendo, & istud post mortem ejus redemptum fuerit, quod precium ad hæredes ejus non pro portione, quam quisq; in feudo habuit, sed potius pro hæreditariis portionibus pertineat, quia, inquit, venditio hic fit necessariò ex pacto prioris vēditionis; ideò precium censetur ejus naturæ, uti erat tempore prioris contractus. Idem tenuit *in tract. de jur. primogen. quæst. 82.* ut ita casus hic noster per doctrinas jam adductas in specie decisus, ac propterea de conclusione ista minùs ambigendum sit. Ut tamen magis elucescat veritas, etiam iis, quæ pro opinione contraria adducta fuerunt, respondebimus.

(b)

Et quod primò de dominio interim translato diximus, id quidem in se verum est, sed tantisper obtinet, quamdiu res in eodem statu permanet, neq; redimitur: subsecuta verò redemptione, primus contractus planè resolvitur & dominium traditione facta ad priorem venditorem redit, atq; adeò omnia in pristinum statum reponuntur, ut abundè jam probatum est: Frustra igitur post redemptionem dominium emptoris consideratur.

Resolutione † enim facta actus resolutus ampliùs in considerationem 29

non venit, *l. Julianus.* §. *1. de verbor. obligat. l. etiam de solut.* Et revocato actu, revocantur omnes ejus effectus, *Clem. 1. de immun. Eccles. l. nam origo. quod vi aut clam. l. ego de except. rei judic. l. Hactenus. in fin. cum l. seq. de aqu. pluv. arc.* per quæ jura in proposito hoc tradit *Cravett. d. cons. 202. num. 28.*

30 Ideoque licet † emptor interim tanquam dominus rei suæ illam oppignoraverit, vel aliud onus ei imposuerit, istud post redemptionem nulla pristini ejus dominii ratione habita planè resolvitur, ut docet *Bartol. in l. in diem. de aqu. pluv. arcend. Bald. in l. si ex duobus.* §. *sed & Marcellus. de in diem addict. Decius in l. si socius. col. 2. si cert. petat. & complures alij citati à Cagnol. in l. 2. quæst. 64. num. 194. C. de pact. inter empt. & vendit. & Tiraquell. de retract. tit. 2.* §. *1. glos. 1. nu. 10. & seq.* (c) Quamvis etiam aliàs regulariter precium rei venditæ ad venditorem dominum rei pertineat: id tamen procedit in venditione sponte suscepta, hæc verò fit necessariò ex pacto prioris venditionis, ideò preciū censetur ejus esse naturæ, ut erat tempore prioris contractus, cum prima causa potissimùm attendenda sit, *L. qui id quod in princ. de donat.* Præsertim verò, quia retrovenditione ista resolvitur primus contractus, atq; inde etiam jus ex eo contractu quæsitum possessori perimitur: Nam vel inde manifestum est, eum nullo jure precium petere posse. Neq; verò hæc venditio, quæ ex pacto præcedente necessariò fit, pro novo contractu, neq; etiam precium inde perceptum pro eo, ac si de novo acquiratur, habendum est, sed est tantummodò resolutio prioris contractus, omnia in pristinum statum reponens, ut satis firmatum fuit.

31 Ideoque pro † ejusmodi retrovenditione laudemium non deberi, saniores existimarunt, *Molinæus in consuetud. Paris.* §. *22. num. 15. & 19. Masver. in tit. de locat. emphyt.* §. *1. num. 2. Tiraquell. de retract. tit. 2.* §. *6. gloss. 2. num. 19. quos & nos secuti sumus lib. 1. quæst. 50. num. 22.* Ex quo etiam manifesta patet differencia, cur ejusmodi pactum de retrovendendo dominii translationem non impediat, & tamen acquisitioni precii obstaculo sit: Quoniam dominium rei emptæ eo tempore transfertur, quo contractus adhuc vim atque robur suum obtinet, & incertum est, utrum redemptionis casus ex pacto eventurus sit nec ne: Cum interim de precio acquirendo eo tempore agatur, quo redempta re ex illo pacto & resoluto contractu jus primi emptoris cessavit.

Ad textum † *in d. l. qui solidum.* §. *1. de legat. 2.* respondet Decius *in d. l. ita demum.* & post eum *Tiraquell. in loco citato,* hoc, quod precium rei legatæ ibi nihilominus pertinet ad legatarium, provenire ex verisimili voluntate testatoris: quam etiam potissimùm considerat. Nam testator legando rem, quam restitutioni obnoxiam esse scit, hoc ipso etiam æstimationem legasse censetur, ut notatur *in l. rem alienam. C. de legat. & in l. si tibi homo. & in l. si res. de legat. 1. & in his terminis legati loquitur etiam Anton. Rub. in d. consil. 58.* Hæc autem ratio penitùs cessat in proposito, cum nihil subsit, ex quo deprehendi possit, defunctum etiam precium ad successorem feudi pertinere voluisse: Quin potiùs cum redimendi facultatem permiserit venditori, simul etiam quoad precium reddendum voluntatem suam juris dispositioni accommodasse, atq; adeò resoluto contractu precium istud ad pristinam causam redactum tanquam rem hæreditariam ad hæredes allodialium bonorum transferre voluisse, credibile est. (d) Non obstant etiam ea, quæ circa filię jus considerata fuerunt. 32

Nam

Nam etsi facilè admittamus, in successionibus mortis tempus inspiciẽdum, hæc tamen inspectio non tàm ex oculari demonstratione, quàm ex juris rationibus est desumenda, ac propterea minimè concedimus, precium istud pro eo habendum, ac si in hæreditate defuncti non fuisset, sed contrarium potiùs jam probatum est. Tum propter naturam conditionis resolutivæ, quæ quoties in contractibus evenit, retrotrahitur ad tempus ipsius contractus, tum ex natura obligationis tàm passivè quàm activè transeuntis in hæredes cum omnibus qualitatibus, tum deniq; quia pacti de retrovendẽdo hic solet esse effectus, ut resoluto inde contractu omnia in pristinum statum & causam reponantur. Cumq; ejus sit momenti, ut propterea locum faciant verbis consuetudinis de bonis inventis in hæreditate loquentis: quantumvis hæc veritatem requirant, ut in casu Molinæi suprà adducto: certè multò magis hoc præstabit, ut satisfiat juri communi, quod mortis tempus inspiciendum esse requirit. Hoc enim interpretationes ejusmodi ex juris fictione desumptas, longè faciliùs quàm statuti vel consuetudinis dispositionem admittere nemo negabit. Nec quicquam impedit, quod mortis tempore redemptio ab incerto & dubio eventu dependet, & propterea consideranda non sit: Nam hoc eatenus quidem procedit, interim, priusquam res redimatur, contractus pro puro habeatur, atq; feudum hoc ad successorem feudalem transeat, & hic dominium ejus successione acquirat, non
33 † attento quod redimi possit: *& in his terminis loquitur Decius d. conf. 279. nu. 2.* At postquam casu isto eveniente res est redempta, tum sanè ut ejus ob oculos jam versantis ducatur ratio, necesse omninò est, & propterea nihil amplius obstat, quò minus contractum resolvat & omnia in pristinum statum reponat per ea quæ suprà adducta fuerunt: Ideoq; redemptionem ejusmodi præcedentem contractum verè & realiter non fictè resolvere ait *Molin. in consuetud. Paris. d. §. 11. nu. 29. in fin.* Minus etiam refragatur, quod Aretin. considerat, precium non in obligatione sed in conditione esse: hæc enim consideratio tum demum procedit, quando utrum aliquid peti possit, quæritur. Nam hoc casu plurimum refert, utrum in obligatione vel in conditione sit: At in proposito minimè de eo, utrum precium antequam res redimatur, atq; ita pendente conditione peti possit, sed de hoc tantùm agimus, utrum interim in bonis defuncti aliquo respectu esse credatur: quo sanè, utrum in conditione vel obligatione aliquid sit, nihil referre, vel ex eo manifestum fit, quoniam passim jura conditionaliter & ab incerto eventu adhuc dependentia bonis & hæreditati defuncti annumerari videmus.

De conditione † potestativa quod 34
objectum fuit, ad istud responderi potest, tum demum illam retrotractioni obstare, quando agitur de commodo ejus, in cujus potestate fuit, adimplere conditionem, secus quoad cõmodum alterius, *ut declarant Dd. in d. l. si filius familias. de verbor. oblig.* in proposito autem utiq; in potestate filiæ, de cujus commodo agitur, non fuit, vel redimere feudum vel ad redimendum cogere venditorem primum, sed istud in arbitrio venditoris situm fuit. Nihil igitur hoc impedire potest, quò minus conditio retrotrahatur. Sed cum suprà etiam in casu converso, videlicet quando de commodo redimentis agitur, firmatum sit, retrotractioni locum esse, & tamen hoc casu in potestate redimentis sit, quando redimere velit, ac propterea responsio ista ad ea accommodari nequeat, vel inde haud præter rationem quis dixerit, huic cõclusioni in conditionibus resolutivis locum non esse, sed resoluto contractu ex causa ab origine dependente

omnia in pristinum statum reponi, non attento, utrum conditio illa potestativa vel casualis fuerit, per ea quæ suprà firmata sunt. Præsertim verò cum etiam conclusio illa, qua traditur, potestativam conditionem retrotrahi non solere, non ita generaliter procedat, sed dubia admodum sit, ut alibi à nobis ostensum fuit. Quæ præterea retrotractioni opposita fuerunt, illa etiam facilè dissolvi possunt.

35 Nam † licet verum quidem sit, eam locum non habere, quando res non est integra: non tamen propterea res, quo ad hoc integra esse desinit, quia feudum hoc ad successores emptoris devolutum est, sed potiùs eundem adhuc statum obtinere censetur: Quippe cum hæres & successor eadem censeatur persona cum defuncto: Neq; ex persona hæredis obligationis natura mutetur, *l. 2. §. ex his. de verb. oblig.* cujus rei in hac quidem specie evidens exemplum extat *in d. l. 2. §. id quoq; de coll. bonor.* Nam & ibi pater, postquam filius, qui in potestate erat, stipulatus fuit sub conditione, decesserat, eidemque filius jam emancipatus successerat, neq; tamen propterea minus conditio postea eveniens tanquam re adhuc integra retrotrahitur. Sic etsi interim agnato jus quæsitum fuerat in feudo, quia tamen istud non solùm successione, atq; ita beneficio emptoris, cujus etiam factum propterea præstare tenetur, sed etiam cum illa qualitate quæsierat, ut pacto defuncti obligatus retrovendere invitus cogatur, utique filiæ in jure ex pacto defuncti quæsito magis quàm primo venditori quicquam præjudicare non potest, & quod consequens est, neq; jus hoc interim quæsitũ impedimento esse poterit, ut propterea minus redemptionis conditio eveniens retrotrahatur.

36 Nam id demum jus † quæsitum retrotractionem impedire solet, quod ejus potentiæ est, ut jus conditionale tollere possit, secus quando ejus effi-

caciæ non est: Tum enim etiam
præjudicium juris tertio multò m
successori quæsiti retrotrahitur
ditio, ut probatur *in l. potior. &*
balneum. qui potior in pignor. ubi pig
conditionale retrotrahitur in pr
dicium tertii, cui interim res
gnorata fuit: quia non erat in pot
te debitoris jus ex conditionali pig
ris conventione primo creditori q
situm eidem auferre, ut declarat
in cap. si pro te. de rescript. in 6. quan
quuntur *Archidiac. Franc. & Gemin*
Dyn. in c. qui prior. de regul. jur. in 6.
pos. in ca. 1. de cond. appos. & Gabriel
186 n. 27 vol. 1. & supra quæst. 14. à no
explicatum fuit.

Extremorum etiam considera
nihil obstat: Non enim hic ipse re
venditionis actus, & quid filia vel p
sessor feudi ad eum conferat, sed p
tiùs ipsum pactum retrovenditio
primo contractui annexum, tanqua
prima causa, & in cujus executione
fit, retrovenditio consideratur: ut
prà probatum fuit: quo quidem r
spectu extrema erunt habilia: n
quicquam refert, quod ipsa filia ret
vendere non potest, precium enim
hoc, ex retrovenditione non tãquam
ex nova causa quæritur, sed venditi
ne ex pacto illi inserto resoluta redd
tur, & in pristinam causam reponit
per ea, quæ suprà adducta fuerunt. D
voluntate verò emptoris non ex e
solùm, quod pecuniam in feudi em
ptionem collocavit, sed et & ex pacto
de retrovendendo addito judicand
est. Nam vel ex hoc manifestum est
eum non ita successori feudali prospe
xisse, quin recuperandi precii spem
habuerit, & hoc casu eveniente om
in pristinum statum redigi, atq; adeo
precium tanquam rem hæreditariam
ad hæredes transmittere voluerit, ut
suprà probavimus. Neq; vis aliqua in
eo est, ad cujus instantiã id factũ fuerit,
vel utrum maluerit: sed postquã consensit, atq; ita inter eos contractũ fuit,

volun-

voluntatis potiùs ex hac contractus natura quàm ex conjecturis aliundè vel ex aere petitis judicium faciendũ est. Qua etiam de causa minimè huc accommodari potest casus *d.l. solidum.* manifesta subsistente diversitatis ratione, de qua suprà dictum fuit. Hinc quoq; tollitur æquitatis consideratio, à voluntate defuncti desumpta: cum tantum absit, ut defunctus precium hoc apud successorem feudi permanere voluerit, ut de contraria ejus voluntate ex ipsa negocii gesti natura liquidò appareat. Neq; etiam iniquum reputari debet, eum qui retrovendit, precio carere, altero, qui vendendi facultatem non habet, id percipiente, cum precium non tàm ex retrovenditione acquiri, quàm ex primo pacto reddi & in pristinam causam reponi intelligatur. Quinimò longè æquius esse, ut precium hoc ex pacto, quo suis hæredibus quoad precii refusionem consulere voluit emptor, ad hæredes redeat, quàm ut ad extraneum transferatur, suprà probavimus: quibus accedit, quod successor feudi istud ea lege acquisivit, ut integrum nihilominus sit venditori redimendo feudum precium reddere & omnia in pristinum statum reponere.

37 Nam vel huic † suadet æquitas, ut sortem, cui ipsemet se subjecit, ferat, *arg. l. si non exigimus. §. si quis tamen. si quis caut. gl. in l. si mulier. in princ. quod met. caus. l. si fidejussor. §. pen. qui satisd. cog.* nec enim ferendus est, qui lucrum tantùm amplecti vult, onus autem recusat, *l. 1. §. pro secundo C. de cadu. tollend. c. qui sentit. de reg. jur. in 6.* ut proinde ex hisce manifestum fiat, nihil in proposito subesse, quod retrotractionem impediat.

Opinioni deniq; eorum, qui precium ex redemptione rei immobilis redactum hæredi immobilium deferunt, opponimus auctoritates contrarium defendentium, quos suprà citavimus. Hi enim & pondere & numero illos longè superant, ideoq; secundum horum sententiam utpote communiter approbatam potiùs judicandum: præsertim cum eam etiam firmioribus juris rationibus subnixam esse, ex iis, quæ hactenus deduximus, evidens sit.

Sic & Molinæum merito refutavit † Tiraquell. in loc. citato respondens 38
ad text. *in d. l. Lucius Titius. 88. §. Insulam. de leg. 2.* Quod ibi res legata non erat subjecta venditioni, neq; etiam legatarii eam vendere tenebantur, sed spontè ejus venditioni consenserunt: Ideoq; & precium pro sua quisq; portione quam habituri erant, in re meritò consequuntur: Hîc v. venditio fit necessariò ex pacto prioris venditionis, ideoq; precium censetur esse ejus naturæ, uti erat tempore prioris contractus. Et certè Molin. sibi in eo non satis constitisse videtur. Nam paulò antè in casu converso ex eo, quod retrovenditio fit ex necessitate primi contractus & propterea non pro novo contractu, sed potiùs resolutione prioris & reductione ad pristinum statum habenda sit concludit, in feudo redempto non minùs habere jus primogenituræ locum, quàm si feudum mortis tempore in bonis defuncti fuerit. Deindè verò ex parte emptoris retrovendentis considerat, esse novum contractum, & inde concludit, precium ex redemptione perceptum ab hæredibus emptoris esse inter eos dividendum non pro hæreditaria, sed pro ea portione, quam quis in feudo habuit: Cum tamen in hoc posteriore casu major subsit retrovendendi necessitas: quàm in priore (ubi liberum sit hæredibus venditoris an & quando redimere velint, ut idem animadvertit,) atq; hinc etiam ex eadem ratione multò magis in posteriore casu idē statuendum sit; ut suprà etiam consideravimus. Quare vel hac de causa auctoritati Molinæi contra sentientis eò minùs tribuendum, sed potiùs Tiraq. adstipulandum erit: Multò verò minùs assentiendum erit Ursillo, cum

præsertim nullo alio nitatur, quàm argumento à natura subrogati desumpto, quod levius est, quàm ut contra fundamenta nostræ sententiæ quicquā certò inde desumi possit. Varias enim vulgata illa regula admittit limitationes, & inter alias hanc etiam, ut locum
39 † habeat, quando in subrogato eadem est ratio, secus quando diversa, *l. cum fundus. §. si fundus de fun. dot. Bart. in l. si pater filium de in offic. test.* Sic quando diversa est qualitas in subrogato, nunquam sapit naturam ejus, cui subrogatur, *l. 1. §. si quis autem de successorio edict. Bald. in l. certum nu. 22. C. unde legit. Jas. in l. fuerat. nu. 9. Inst. de action. Alex. cons. 106. nu. 17. vol 3. Soc. sen cons. 195. nu. 1. vol. 2. Dec. cons. 9. nu. 7 & 8.* Ut interim omittamus, Ursill. ita obscurè loqui, ut utrum hoc, quod ex eo adduximus, an verò aliud quid voluerit, non satis appareat.

ADDITIO

Simonis Ulrici Pistoris, Hartm. F.

(a) Adde ad hanc quæstionem *Andr. Rauchbar. part. 1. q. 37. n. 14. cum seqq.* ubi non tantùm decisionem hanc probat, verùm etiam fœminis in ejusmodi feudo successionem unà cum masculis tribuit, non minus ac in feudo pignoratitio.

(b) *Vincent. de Franc. decis. 64. n. 15. Marin. Frecc. de subfeud. lib. 2. auctorit. 2. § hic quæro de nova. n. 6.*

(c) *Vincent. de Fr. decis. 64. nu. 4. & per tot.* ubi id adeò procedere notat, ut ne quidem jus pignoris in pecunia, per quam res redemta est, remaneat.

(d) Si tamen feudum emerit vor sich und seine männliche Leibslehens Erben/ certè his potius quam hæredibus allodialibus prospicere voluisse videtur, adeò ut re redemta ipsi precium loco ejus recipiant non minus ac legatarius, de quo supra dictum est, vide *Rauchbar. d. quæst. 37. n. 31.*

QUÆSTIO XXV.

VASALLUS AN ET QUATENUS IN FUNDO FEUDALI DOMINO concedere teneatur, quod sibi non nocet, & ipsi prodest, ex facto discutitur.

SUMMARIA.

1. *Quilibet est rei suæ moderator & arbiter, adeò ut quod sibi non nocet, alij verò prodest, invitus in suo concedere nemo teneatur nu. 2. contra nu. 13. & quidem gratis nu. 29. præsertim in Vasallo num. 15. 17. declaratur. num. 16. in ultima voluntate & dote num. 26.*
3. *Aquam ex fundo meo alteri concedere non cogor.*
4. *Vasallus de fructibus feudi liberè disponit, nec à domino legem pati cogitur.*
5. *In casibus jure feudali non decisis standum est iuri communi.*
6. *Iuramentum fidelitatis non extenditur ultra expressa contra num. 16.*
7. *Princeps obligatur ex contractu, nec ei potest contravenire, nec potest feudum Vasallo semel concessum sine culpa eius revocare, num. 8.*
9. *Dominium utile præfertur directo, & censetur concessum privativè.*

10. Castro

10. *Castro concesso cum omnibus pertinentiis, censentur etiam concessæ fodinæ ad regalia aliàs non pertinentes, licet quidem expressè sint illæ omissæ n.11.*
12. *Fodinæ jus longo usu acquiritur.*
14. *Naturalem rationem ad decisiones causarum allegare sufficit.*
15. *Vasallus & dominus sibi invicem omnem æquitatem vel maximè debent, latè.*
17. *Dominus in re in feudum concessa directum dominium retinet & quis ejus effectus.*
18. *Domini conjuncti ratione permittitur quod aliàs non permitteretur.*
19. *Vasallus abutens re feudali ea privatur, & quæ requirantur.*
20. *Publica utilitas commodis privatorum semper præferenda latissimè, nec ea ulla lege prohibitiva excluditur nu. 21. nec ullo privilegio n. 22. & semper excepta intelligitur nu. 24. Etiamsi privatorum incommodo fieret num. 25.*
25. *Immunitas à collectis non intelligitur de his quæ publicæ utilitatis causa auferri, ut exemplis ostenditur refuso tamen pretio n. 28.*
27. *Dominus feudi potest artifices mittere ad fodinas vasalli*
30. *Invidia etiam legibus exosa est.*
31. *Invitus quis vendere aut contrahere certis casibus cogitur.*

EX facto proponebatur, Nobilem quendam vasallum à domino inter cætera feuda venas quasdam minerales obtinere, quibus ita, ut par erat, exercendis cum sufficere non posset, atq; ita bona pars venarum istarum inculta & deserta jaceret, imò etiam materia periret, dominum feudi à vasallo postulasse, ut eam partem, quam ipse non excoleret, sibi suo sumptu exercendam permitteret, certis & tolerabilibus in eam rem conditionibus propositis, vasallum autem in eas consentire noluisse. Quærebatur igitur, an à domino cogi possit, ut id quod sibi non noceret, domino verò & Reipub. prodesset, concederet. Ac videbatur sanè, vasallum utpote utilem dominum venarum istarum nullo jure cogi posse, ut domino rem suam excolendam concedat, sed hoc liberrimæ ipsius voluntati permittendum.

1 Natura enim æquum est, ut quilibet rei suæ sit moderator & arbiter, *l. in re mandata C. mandati l. 2. in fin. si quis à parent. manum.* & justum est, sua cuivis committere, *ut ait Imperator in l. nemo externus C. de jud.* Ideoq; nemo invitus rem suam vel vendere, vel alio quovis titulo concedere tenetur, *l. nec emere. C. de jure deliberand. l. invitum C. de contrah empt l. invitos C. locati. l. non enim æquum est amator.* nisq; eo ut gravis esse censeatur injuria, quæ inani honestatis colore velatur, si homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, *prout rescripsit Imperator in l. dudum. C. de contrah. empt.* Et iniquum esse, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum dispositionem, *ait JCtus in d. l. 2. si quis à parent. manum facit. text. in l. sed si ea lege. § consuluit de petit. hæredit. & in l. falso. C. de commun. rer. alien. & in c. de iis. In fin. de sepultur.*

Neque verò hæc jura ullam distinctionem adhibent, utrum res, de qua agitur, domino alioqui usui esse possit, nec ne, par igitur est, ut generaliter & quidem etiam de iis rebus, quarum exiguus usus esse solet, accipiantur, *l. de pretio. de public. in rem action. & l. n. § generaliter. de legat. præstand.* Cum præsertim in hisce casibus non minus locum sibi vendicet ratio dominii liberam disponendi facultatem tribuens. *l. illud. ad l. Aquil. l. à Titio de verbor. obligat. cum similib.*

Quocirca etiam in his ipsis rebus, quarum nullus nobis usus esse potest, hoc generaliter receptum est, quod etsi æquitatis ratio maximè suadere 2 videtur, ut quod mihi non nocet, alteri verò prodest, facilè concedatur, tamen ad hoc nemo invitus cogi debeat, *prout docet Bart in l. 2. in princ. solut. matrim quem sequitur Alex ibi. & doctrinam hanc ab Interpretibus communiter receptam esse testatur Jas. ibi num. 32.* (a) (a)

3 Unde fit, † ut si in fundo meo aquæ fons ortus fuerit, alteri usum illius aquæ invitus concedere non cogor, quantumvis aqua illa alioquin frustrà dilaberetur, ut probatur *in l. in concedendo. & l. si in meo de aqu. pluv. arcend. & in l. 1. §. Labeo illud. de aqu. quotidian. & æstiv.* per quæ jura hoc docet *Bart. in d. l. 2. & Bald. in l. aquam. C. de servitut.* ubi ait, quod de aqua, quæ in meo oritur vel meum fundum ingressa est, possim facere quicquid velim, & alteri concedere vel negare. Hinc etiam vulgò traditur, quod si is, qui infra meum molendinum aliud habet, vellet aquam, quæ de molendino meo exit & frustrà elabitur, ad suum ducere, ego invitus illud concedere non tenear, licet id absque ullo meo damno commodè fieri posset, hoc dilucidè asseruit *Bart. in l. quò minus in 12. quæst. de fluminib. quem sequitur Jas. ibi opinionem hanc communem esse asseverans, & Alex. in cons. 508. vol. 2. Jas. cons. 150. vol. 1. Decius cons. 244. Capoll. in tractat. servit. de servit. rustic. prædior. sub tit. de aquaduct. num. 41.* Cujus speciosam afferunt rationem, quoniam inquiunt, licet nihil mihi inde decedat, tamen hoc ipsum quod invitus facere & uni magis quàm alteri concedere cogor, qui servitutis speciem quandam continet, satis damni mihi dare, atq; adeò justam denegandi causam præbere videtur, ut ait *Jas. in d. l. quò minus.* Idq; non minori ratione inter dominum & vasallum obtinere videtur.

4 Nam † etsi vasallus de ipsa proprietate feudi sine voluntate atque consensu domini nihil possit disponere, fructus tamen feudi pleno jure ad ipsum pertinent, ideoq; pro libito iis uti, & absque consensu domini eos alienare, & cui voluerit, concedere poterit, *ut per text. l. Codicillis. §. instituto. de leg. 2. docet Andreas de Isern. in cap. Imperialem. in princip. de prohib. feud. alien. per Frideric.* quem sequitur *Matth. de Afflict. ibi num. 30.* Idem tenuit *Bald. in cap. 1. §. donare. qualiter olim feud. poter. alien. & per text. in cap. 1. an agnati vel filius.* idem sensit *consil. 33. incip. ad evidentiam. vol. 1.* quem refert & sequitur *Curt. junior in tractat. feud. in secund. part. tertiæ partis principal. vers. quartò circà intelligentiam n. 47. Camerarius in dict. cap. Imperialem. vers. prima igitur conclusio pag. 121. cum aliis in hanc sententiam adductis per Cavalcan. in tract. de usufruct. mulier. n. 184. & hanc opinionem communem esse, testatur Julius Clarus lib. 3. sentent. §. feudum: quæst. 30.*

Neq; verò jure feudali usquam constitutum reperitur, quod vasallus invitus fructus feudi domino magis quàm alii vendere, vel etiam eos, quorum nullus sibi usus esse potest, præter suam voluntatem domino concedere teneatur, atq; adeò juris communis regulas paulò antè adductas eo jure esse immutatas. Quamobrem regulæ illæ non minùs in re feudali, quàm in bonis, quæ allodialia vocant, locū sibi vendicabunt, & quod consequens est, vasallus invitus domino de fructibus feudi quippiam largiri non tenebitur.

Cum trita † sit juris regula; In omnibus iis, quæ in jure feudali expressè decisa non reperiuntur, standum esse juri civili, *ut est text. manifestus in c. 1. de feud. cognit. per quem hoc pro regula tradunt omnes Interpp. ibi, & per eum idem docuit Bald. in cap. 1. § præterea. & ibi Præpos. num. 9. de prohib. feud. alienat. per Frideric. & in l. cum oportet. in fin. princip. C. de bon. quæ liber. Alexand. cons. 55. col. 4. lib. 4. & consil. 5. col. 2. lib. 5.* ubi ait, quod in causis feudalibus deficiente consuetudine feudali recurrendum sit ad id, quod jure communi decisum est, *Jason in prælud. feud. num. 63. Curt. junior in tractat. feud. part. 1. quarta quæstion. princ. num. 1. Zasius in Epit feud. part. 7. n. 6.* 5

Neque etiam ad hanc rem aliquid momenti afferre videtur fidelitatis juramentum, quo vasallus domino suo est devinctus. Cum juramentum istud vires suas eò non extendat, ut propterea va-

ea vasallus rem ad se pertinentem invitus teneatur concedere domino, & ab Interpretibus per manus traditum
6 sit, vasallum † domino ratione juramenti à se præstiti ad alia non esse obligatum, quàm quæ in juramento expressè fuere promissa, & quæ verba juramenti ambitu suo comprehendunt, prout tenet *Speculat. in tit. de feud. §. quoniam super Homagiis vers. & not. quod vasall. num. 67. & num. 70.* ubi postquam enumeraverat, ad quæ vasalli obligati sunt ratione juramenti, addit, quod ultra ea nulla debeat novitas induci, quod dictum refert & sequitur Jacob. de S. Georg. *in tractat. de Homag. in fin. num. 43.* Et pluribus firmat Jacob. Leonard. *inter consil. Albert. Brun. consil. 117. ubi num. 72. & numer. 116.* multis in hanc sententiam adductis argumentis probat, dominum propter juramentum fidelitatis præstitum à vasallo non plus exigere posse, quàm id tantùm, de quo in concessione feudi fuit conventum, & tandem *num. 210.* concludit, quod vasallus impunè non pareat domino, quando astringitur ad servitium, de quo non fuit cogitatum in concessione feudi. Quinimò cùm dominus utile dominium feudi vasallo semel concesserit.

Rationi magis videtur esse consentaneum, ut eundem etiam jure hoc suo pro libito uti frui patiatur, quàm ut sibi integrum esse debeat, quippam ex jure alii prius concesso sibi vendicare,
7 cum † nihil tàm congruat humanæ fidei, quàm ea, quæ semel placuerunt servare: ut ait JCtus *in l. 1. ff. de pact. l. 1. de const. pec.* & maximè Principi convenit, ut is pacta atq; conventa observet, *ut not. in l. digna vox C. de legib. & in l. donationes quas. C. de donat. inter vir. & uxor. & in c. 1. de probat.* usq; eò, ut licet alioqui legibus solutus esse censeatur, tamen iis quæ semel promisit, neque etiam de plenitudine potestatis contravenire sibi integrum sit, quippe cum naturali quadam ratione ad observationem promissorum devinctus sit, *ut communi ore docent utriusq; juris Interpp. in d. loco digna vox. & in d. cap. 1. de probat. & multis in hanc sententiam congestis probat Bald. consil. 158. volum. 4. & cons. 417. volum. 1. Petrus de Anchoran. cons. 65. Bart. Socin. cons. 164. col. 6. & cons. 32. & cons. 151. & cons. 580. & cons. 618. Soc. jun. cons. 76. vol. 1. & cons. 60. vol. 3. Cravett. cons. 135. Rol. à Vall. cons. 1. & cons. 66. vol. 2. Zasius cons. 10. nu. 60. vol. 2. Portius cons. 27.* Huc pertinet, ut honestum ita salubre illud præceptum Aristotelis, quo Alexandrum monuit, ut pacta diligenter custodiat, quod refert *Bald. in d. l. 1. ff. de pactis.* Et Principi maximè convenire illud Psalmi: Quæ de labiis meis procedent, irrita non faciam, dicit Portius *d. cons. 27.*

Atque hinc descendit, quod † Princeps feudum semel concessum vasallo amplius ipsi sine propria ipsius culpa non auferre, neq; etiam jus ejus ulla ratione deterius reddere possit, ut probatur *in capite primo, de natur. feud. & in capit. 1. de feud. sin. culpa non amittend. docet Bartol. in l. 2. C. de fund. patrim. lib. 12. Bald. in l. qui se patris. col. 8. vers. sed quid si pater. C. unde liber. Jas. in l. fin. C. si contra jus vel utilit. publ. cum aliis adductis per Cravett. cons. 135. n. 19. & Natt. cons. 554. n. 11.* 8

Hinc etiam vulgò dici solet: Dominium † utile semper præferri directo, & jus quod inde competit vasallis, esse quodammodo privativum juris, quod ratione dominii directi penes dominum remansit: *ut docet Bald. in l. 1. quæst. 43. de rer. divis. Felin. in c. Pastoralis. col. 3. vers. sextò limita. de off. ordin. Curt. junior. in tractat. feud. part. 1. quæst. 6. numer. 6. Albertus Brunus consil. 27.* Quibus in locis inde inferunt, quod dominus ratione directi dominii non possit sese intromittere in causis ad jurisdictionem vasalli pertinentibus, *cum aliis congestis per Rolandum à Vall. consilio septuagesimo octavo, nu. 2. & seqq. vol. 2.* (b) 9

(b)

Et

Et quamvis dominus etiam in controversiam vocare conetur, an venæ istæ vasallo unà cum feudo concessæ sint, quia tamen vasallus longissimo tempore iis domino sciente & tacente usus est, certè hoc ipso jus ei quæsitum est, & literæ investiturarum, utcunq; alias obscuræ, certam inde interpretationem acceperunt.

10 Quinimo † regulariter concesso Castro cum omnibus pertinentiis, censentur etiam concessa metalla, quæ ibi fodiuntur, & ex peculiari consuetudine ad regalia non pertinent (quales eæ sunt, de quibus hîc agimus) *ut per text. in l. æquissimum. §. 1. & in l. item si fundi. de usufruct. docet Matth. de Afflict. in c. 1. §. argentaria. n. 9. Quid sint regalia.*

Unde etiam nihil refert, quod in instrumento investituræ vectigalium

11 saltem fit mentio, ex † quo videri posset hisce concessis, reliquum jus exclusum videri, *arg. l. cum præter. ff. de judic.* Huic enim regulæ locus non est, quotiescunq; id, quod unius expressione prætermissum videtur, alia ratione comprehenditur, *ut docet Salicet. in l. de crimine 2. apposit. C. qui accus. Dec. cons. 11. n. 18.* præsertim quando conjectura verisimile fit, alia ratione quid esse expressum, quam ut cætera excludere debeat, *argumento ejus quod not. gl. in clem. 11. in verb. præsidentes in fin. de rescript. & Jas. in l. 1. n. 33. ff. solut. matrim. cum aliis adductis per Riminald. in Instit. tit. de donat. in pr. n. 311.* Estq; de hoc in proposito vel ideò minùs dubitandum, ex quo vasallus fodinas hasce longissimo tempore possederat.

12 Nam † vel ex hac longissima possessione jus adeò firmum etiam sine investitura acquirere poterunt, ut præter ipsorum voluntatem à domino superiore ipsis jure auferri non possit. Cum juris sit indubitati, ut in aliis bonis ita in re feudali præscriptione jus irrevocabile acquiri posse, *ut tradunt latè Dd. in c. si quis per 30. si de feud. defunct. fuer. controvers. cum simil.*

Etsi autem hæc satis probabiliter dicantur, re tamen diligentius considerata, non iniquè defendi posse existimo, siquidem vasallus nullum incommodum allegare possit, quod sibi aut subditis ex hac domini petitione emergeret, dominum modis omnibus audiendum esse, ut venas, quas vasallus ita, ut par esset, exercere non potest, ideoq; tractu temporis perituras domino fodiendas concedat.

Non solùm † enim æquitatis naturalis ratio exigit, ut quis alteri haud invitus concedat, quod sibi non nocet, alteri verò prodest, sed & hanc rationem plurimum probant etiam leges nostræ, ut dilucidè apparet *ex l 2. §. idem Varus. de aqu. pluv. arcend.* ubi JCtus Paul. disertis verbis respondet, utilem actionem mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, quod factus quidem mihi prodesset, ipsi autem nihil nociturus est. Hoc enim, inquit, æquitas suggerit, etiamsi jure deficiamur. Idem probatur *in l. in creditore. de eviction.* ubi JCtus postquam definierat, venditorem re evicta debere cedere actionem emptori, rationem subjungit: Cui enim, inquit, non æquum videbitur, vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio venditoris futurum est. Ex quo not. Accurs. ibi. Quod quis cogatur cedere, quod absque suo damno est, *facit text. in l. 2. ibi. si nihil ei noceat. solut. matrim. & in l. quia poterat ad SC. Trebell.* cui optimè convenit id quod eleganter scriptum reliquit *Cicero lib. 1. Offic.* inquiens: *Ac latissimè quidem patens hominibus inter ipsos, omnibus inter omnes, societas hac est, in qua omnium rerum, quas ad communem usum hominum natura genuit, est servanda communitas, ut quæ descripta sunt legibus, & jure civili, hæc ita teneantur, ut sit constitutum. E quibus ipsis cætera sic observentur, ut in Græcorum proverbio est: Amicorum esse omnia communia, omnia autem communia hominum videntur ea, quæ sunt*

generis

generis ejusdem, quod ab Ennio positum in una re transferri in permultas potest:

Ut homo, qui erranti comiter monstrat viam,
Quasi lumen de suo lumine accendat, facit,
Ut nihilominus ipsi luceat, cum illi accenderit.

Una enim ex re satis præcipitur, ut quicquid sine detrimento possit commodari, id tribuatur cuiq; vel ignoto. Ex quo sunt illa communia, non prohibere aquam profluentem: pati ab igne ignem capere. Si quis velit consilium fidele deliberanti dare, quæ sunt his utilia, qui accipiunt, danti non molesta. Quare & iis utendum est, & semper aliquid ad communem utilitatem afferendum. Ciceroni Ovidius quoq; adstipulatur, cum ait?

——— damnis munera vestra carent.
Quis vetat apposito lumen de lumine sumi?
Quisvè cavum vastis in mare servet aquis?

His enim verbis Cicero & Ovidius ex Philosophiæ fontibus luculenter probant id, quod JCti in responsis adductis pro jure servari voluerunt, esse videlicet facilè concedendum alteri, quod sine meo incommodo alteri prodesse possit. Hanc igitur regulam de facto consulti tenuerunt *Marian. Socin. cons. 76. num. 14. volum. 2. Cravett. cons. 226. n. 2. Menoch. in tract. de arbitr. judic. lib. 2. centur. 3. casu 237. n. 10. Philip. Porcius cons. 7. n. 40. ubi plura ad hoc propositum accumulat.* (c)

Neq; verò à scopo facilè quis aberrare potest, qui in judicando natura duce rectam rationem sequitur, quippe cum potissima juris nostri pars, ex igniculis & principiis illis in singulorum mentibus hominum natura insitis atq; impressis descendat, adeoq; in natura constituta sit.

14 Ex quo etiam ab Interpretibus per manus traditum est, quod sufficiat† quandoq; ad decisionem causarum allegare rationem naturalem, *ex c. secundo requiris. de appellat. l. scire oportet. §. sufficit de excusat. tutor. ubi hoc. not. Bald. l. cum ratio in princ. de bon. damnat. l. si me & Titium. si cert. petat. l. ubi autem non apparet. §. illud. ibi ipsi natura manifestissimum est de verbor. obligat.* & rationabile dictum judicem non minùs movere debere, quàm legem ipsam, docet *Andr. de Isern. in princ. feud in penult. col. quod refert Jas. in l. quoties. C. de rei vendic.* Nam ratio naturalis ad cuncta rectè respondet, & vix aliquid reperitur, quod sit contrà rationem naturalem, quod non remordeat conscientiam, *ut inquit Bald. cons. 38 incip. Dominus Thomas lib. 1. quem refert Cravett. cons. 31. n. 5.* quo circa etiam Aristoteles 1. Ethic. ideò se veritatem scire fatetur, quoniam eam à natura didicerit, quem ad hoc citat *Bald. cons. 312. incip visis ac diligenter discussis in princ. vol. 4.* Hinc etiam eodem Aristotele auctore dici solet, quod quærere legem vel rationem, ubi naturaliter sentimus, nihil aliud sit quàm infirmitas intellectus, *quod refert Angel. cons. 318. in quæstione vertente inter illustres. & Jas. in auth si qua mulier n. 11. C. de sacrosanct. Eccles.* Et hoc ipsum est, quod in simili *in d. l. 2. §. idem Varus.* ait JCtus Paul. hoc æquitas suggerit, etiamsi jure deficiamur. Idq; in proposito vel ideò magis locum obtinet, ex quo id quod ratio dictat, etiam suprà adductis responsis JCtorum est comprobatum. Præsertim verò hoc inter dominum & vasallum tantò facilius admittendum est, quanta utriusque major invicem est necessitudo atq; conjunctio. Vasallus † enim & do- 15
minus vel maximè omnem æquitatem sibi mutuò debent, *c. fin. de prohib. feud. alien. per Lothar. ubi Matth. de Afflict. in d. c.* ad dominum & vasallum accommodat suprà adductam regulam, quæ docet, quod teneatur facere id, quod sibi non nocet, alteri verò prodest, innuens nimirum vasallum potissimùm hoc nomine devinctum esse domino, quippe cum juramento omnem fidelitatem & in his etiam ea quæ ad honorem & utilitatem domini pertinent, promiserit, *cap. 1. de forma fidelitat.*

Nam† hinc multa sanè præstare domino tenetur, ad quæ alius obstrictus non

non est, prout hæc latè accumulant Interpretes *in d.c.1.de forma fidel. & Matth. de Afflict decis. Neapol.262. Zasius in Epitome feudali part.7.* ubi longè majora recensent, quæ vasallo fidelitatis ratione incumbunt, quàm sit istud de quo nunc agimus. Atque hinc pro regula traditum est, quod vasallus domino ad omnia obsequia non minùs devinctus sit, quàm libertus patrono, *l. si non sortem § libertus de condict. indeb. ubi hoc not. Jas. & Dd. cum aliis ad hoc adductis ab Everhardo in loco, à liberto ad vasallum.* Ideoque eidem etiam ad benefaciendum obligatus esse censetur, *ut probatur in c.1. ibi quam benignè in quibus causis feud. amitt. ex quo text. hoc not. Alvarott. ibi col.2. & Matth. de Afflict. n. 109* Quinimò quod majorem potestatem habeat dominus in vasallum, quàm patronus in libertum, multis probat *Roland. à Vall. consil. nu.36. vol. 2.* Quamvis itaq; alias nemo alteri concedere teneatur, quod sibi non nocet, & alteri prodest, inter dominum tamen & vasallum longè alia ratio versatur, ob quam hoc casu altera potiùs regula huic contraria amplectenda videtur. Nam etsi juris nostri Interpretes generaliter definiant, neminem invitum cogendum esse, ut alteri concedat quippiam, licet istud sine ullo sui ipsius incommodo fieri posset. Et regulæ paulò suprà adductæ certis saltem in casibus locum relinquant, prout patet ex traditis *per Bart. Roman. Alex. & Jas. in d.l.2 ff. solut. matrim.*

Iidem tamen nihilominus admittunt, quotiescunq; vel ex natura præcedentis contractus, vel aliundè quippiam intervenit, quod ad naturalem illam æquitatem paulò antè consideratam juris aliquam necessitatem afferat, quod tum regula illa rectè sibi locum vendicet, atque adeò vigore illius quis jure adigi possit, ut quod sibi non nocet, alteri verò prodest, largiatur ita *per text. in d. l. si creditores. ff. de evictión. docet Bartol. in d.l.2. quem sequuntur communiter Dd. ibi.* In proposito verò magnum sanè vinculum inter dominum & vasallum intercedit, quo haud paulò minùs tenentur omnia ea, quæ æquitatis ratio exigit, invicem præstare, quàm in casu, de quo Jurisconsultus *in d.l. si creditores,* respondit. Consequens est igitur, & in hac facti specie, vel ex jam dicta sententia Interpretum locum sibi vendicare regulam suprà adductam, atque adeò vasallum invitum compelli posse, ut domino feudi in his, quæ absque suo damno commodè fieri possunt, morem gerat, ut proinde tantùm absit, ut nos ea, quæ Interpretes *in d.l.2.* scripta reliquerunt, oppugnent, ut etiam sententiam nostram maximè confirment.

Eidem quoque sententiæ non parum suffragatur jus directi dominii, quod dominus in re feudali obtinet, quantumvis utile dominium alteri concesserit.

Est † enim juris plus quàm manifesti directum dominium atq; adeò ipsam proprietatem nihilominus penes dominum feudi remanere, & quod dominus in feudo eo nomine plus potestatis habeat, quàm ullus alius, *cap. 1. qualiter dom. propr. privetur. cap. 1. in fin. ex quibus causis feud. amitt. not. Matth. de Afflict. in cap.1.§. rei autem n. 12. de invest. de re alien. fact. & in prælud. feud. nu. 109.* quare hoc etiam respectu, minus justè denegari sibi posse videtur à vasallo id, quo is alioqui omninò nõ utitur. Quippe cum istud jure dominii directi, quod dominus feudi habet, ad ipsum pertinere videatur. Nam etsi utile dominium præferri soleat directo, ut suprà abundè ostendimus. Tamen ut hoc facilè admittimus in iis, quibus vasallus uti potest, ita haud scimus, an etiam in illis rebus locum habeat, ex quibus vasallus nullum potest percipere commodũ, sed frustrà alioqui perirent, Quin potiùs hoc ipsum vocabulum utilis dominii aliud suadet, in his videlicet rebus saltem dominum 17

num excludi, quorum vasallo aliquis potest esse usus. Præterea utut hæc alioqui sese habeant, tamen directum istud dominium ejus saltem videtur esse efficaciæ, ut propterea magis sibi locum vendicet suprà adducta regula naturali æquitate subnixa, quæ docet, quod mihi non nocet, alteri verò prodest, facilè concedendum esse.

18 Nam † ratione conjuncti dominii permitti plerunq; ea etiam solent, quæ alioqui non permitterentur, *l. cætera. §. item quæri. ubi hoc. not. Bald. & Jas. de leg. 1. facit text. in l. 1. C. de commun serv. manum & in l si servus communis. de vulgar. & pupill.*

Præterea Magistratus officium est providere, ut subditi re sua rectè utantur, adeò ut certis constitutionibus omnes eorum abusus tollere possit. Nam Reipublicæ interest, ne quis re sua abutatur, §. *fin. Instit. de his qui sui vel alien. jur. sunt. l fin. §. minores. C. de sent. pass. l. Imperator ad SCtum. Trebell.*

Præsertim verò domino feudi permissum est, diligentem ejus curam agere, quomodo vasallus re sua feudali

19 utatur, adeò ut etiam vasallus † abutens re feudali, hoc ipso ea privari possit, *ut docet Bald. & Dd. in c. Federicus. §. quicunq. de pace tenenda, ubi etiam Matth. de Afflict. num. 6. & idem Afflict. in § item si quis feudum. nu. 41. quib. mod. feud. amit. Jas. in prælud. feud. nu. 63. Molinæus in consuetud. Parisiens. §. 30 nu. 166. Zasius in Epitome feud. part. 10. concl. 8. & alii citati per Molin. in d. loco. & Menoch. in tract. de recuper. possess. remed. 10 nu. 16.*

Et quamvis ad hoc, ut vasallus propter deteriorationem feudum amittat, plura requirantur, inprimis verò illud quod non fructus saltem malè pereant, sed & ipsa feudi substantia, & quidem insigni detrimento deterior reddatur, *ut tradunt Bald. Jas. & Dd. in auth. qui rem. C. de SS. Eccles. & alii Interpretes paulò ante relati, & pluribus comprobat Menoch. in tractat. de arbitr. judic. lib. 2. centur. 1. casu 78*

Cum interim in proposito non tàm ipsæ fodinæ deteriores reddantur, sed materia, quæ inde provenit, atq; adeò fructus saltem pereant. Tamen neque hìc de eo agimus, ut quis jure suo penitus privari debeat, sed hoc tantùm volumus, permitti debere domino feudi, ut ea, quæ propterea, quod vasallus iis uti nequit, pereunt, ad meliorem usum possit transferre, quod ipsum ex eo, quod de deterioratione feudi jam diximus, non incommodè colligi videtur. Nam quo jure ad dominum ipsum feudum à vasallo deterius redditum spectat, eodem etiam ad ipsum pertinere videntur ea, quæ ideò, quia vasallus iis non rectè utitur, frustrà dilabuntur. Est enim alioqui ex juris civilis ratione regulare, ut is, qui re aliqua abutitur, eandem dimittere cogatur, ut probatur *in l. Judæos. C. de Judæis. & in L. fin. in princ. C. de spectac. lib. 11. d. l. Imperator ad Trebell.* Et sanè haud scimus, an non hujus materiæ, cujus ad publicam utilitatem tantus potest esse usus, ad hunc saltem effectū, ut quæ frustrà perit, ad dominum pertineat, eadem sit ducenda ratio, quæ arborum frugiferarum, quas vasallum decidere non posse, quin hoc ipso feudum amittat, probatur per text. *in l. divortio. §. si fundum. solut. matrim. & docent Interpp. suprà citati & alii relati per Tiraquell. in tract. de retract. convent. § 3. gl. 1. n. 23.*

Cum præsertim materia illa tanta copia pereat, atq; hoc ipso in aperto sit, vasallum ea ut plurimum abuti. Atque hæc omnia in proposito tantò magis obtinent, quoniam si materia ista ad suum legitimum usum reduceretur, toti provinciæ vicinæ plurimum commodi inde provenire posset, dum id, quod magno sumptu & per multas ambages ex locis peregrinis petere cogitur, dominatum haberet. Ex quo patet, magnam publicæ utilitatis rationem hic verti.

Publica † autem utilitas semper præferenda est privatorum contractibus, 20

 l. utili-

l. utilitas. C. de præmiß. lib. 12. Et quod communiter omnibus prodest, hoc privatæ nostræ utilitati præferendum esse, graviter rescripsit Imperator Justin. *in l. unic. §. pen. C. de caduc. tollend. & in auth. de restitut. & ea quæ pari in 11. mense:* Quamobrem, inquit idem, Ea, quæ communiter omnibus prosunt iis, quæ specialiter quibusdam utilia sunt, anteponimus, & *in l. actione. §. Labeo ff. pro socio.* generaliter respondit JCtus Paul. semper non id, quod privatim interest unius, servari solet, sed quod societati expedit, *ad idem facit textus in l. 1. §. sed etsi servus. de ventr. inspic. & in c. bonæ memoriæ. de postulat. prælat.*

21 Et tantus † est favor publicæ utilitatis, ut ea, quæ publicè utilia sunt, non includantur in his, quæ lege prohibentur, *ut per l. si quis in gravi. §. utrunq; ad Syllan. & l. hoc modo. de condit. & demonstrat. docet Jas. in l. inter cætera. §. sed etsi quis. nu. 1. de leg. 1. quem sequitur Zasius ibi, doctrinam hanc plurimum commendans. & cons. 1. nu. 23. vol. 2.* Nam ratione publicæ utilitatis ea licitè fiunt, quæ alioqui jure fieri non possent, ut inquit *Specul. in tit. de disputat. & allegat. §. satisdare. vers. quæritur breviter quod dictum tanquam pulchrum refert Thomas Grammat. decis. 12. nu. 18.*

22 Neq; verò publicæ utilitati solùm ea, quæ † legibus disposita reperiuntur, impedimento non sunt, sed & quævis privilegii antea concessa publico bono ut cedant, necesse habent, ut probatur *in l. 1. C. ut nemini liceat in emptione specier. lib. 10.* ubi Imperator rescripsit, à comparatione frumenti, quæ urgente necessitate publicæ utilitatis gratia indicitur, neminem penitùs possidentium sub cujuscunq; privilegio occasione excusandi sese facultatem habere; & argumento hujus textus ab Interpretibus communiter traditum est, licet alicui privilegio aliquo immunitas à muneribus sive collectis sit concessa,

23 non † tamen propterea sit immunis ab iis muneribus, quæ publicæ utilitatis gratia tempore belli indicuntur, prout docet *Bald. ad l. jubemus nullam. in 1. & 2. notab. C. de SS. Eccles. & tradunt Dd. in l. si ex toto in princ. de leg. 1. ubi Jas. multa ad propositum hoc accumulat, & tandem doctrinam hanc communi calculo approbatam esse testatur. Id quod etiam fatetur Felinus in c. nonnulli. col. 21. n. 16. vers. ad evitandos. de rescript.*

Quinimò † generaliter receptum est, 24
in qualibet dispositione quantumvis generali non comprehendi ea, quæ publicæ utilitati derogant, sed potiùs hanc semper exceptam censeri, *l. jubemus nullam. de SS. Eccles. l. jubemus. C. de navib. non excuß. lib. 10. l. nullus C. de cursu publico lib. 12. c. non minus. de immun. Eccles. per quæ jura regulam istam constituit Roman. in l. si verò. §. de viro n. 32. vers. decimò principaliter fallit. solut. matrim. ubi undecim casus congerit, in quibus potior habetur ratio publicæ utilitatis, quàm ejus, quod alioqui vel juris ratio generaliter vel proprietas verborum exigeret. Idem tenet cons. 436. n. 10. Decius cons. 10. n. 2. Felin. in c. causam quæ n. 17. de rescript.*

Atq; † hæc quidem non solùm pro- 25
cedunt in iis, quæ publicam utilitatem ita respiciunt, ut nullum privatis detrimentum afferant, sed etsi cum maximo alicujus incommodo fiat, publicæ tamen utilitatis semper potior ducenda erit ratio, quippe cum per manus traditum sit, propter publicam utilitatem etiam privatorum bona auferri posse, *l. item si verberatum. de rei vendic. l. Lucius. de evict. l. fin. §. fin. de pignor. act. per quem text. not. Bart. ibi. quod propter publicam utilitatem potest officialis capere res privatorum, & tradunt latè Dd. in l. fin. C. si contra jus vel utilit. publ. & in c. quæ in Ecclesiarum de constitut.* unde fit, ut causa publicæ tranquillitatis dominus superior injurias & damna subditis illata etiam hisce invitis, remittere possit, ut docet *Bart. in l. 1. in fin. C. si contra jus vel utilit. public. Bald. in l. benè à Zenone. col. 1. vers. quinimò C. de quadr. præscript. Angel. in l. convent ff. de pact. Jas. l. venia. col. fin. C. de in jus voc.* Sic

Sic etiam pro conservanda pace publica possunt bona subditis auferri & aliis concedi, *ut per not. Bart. in l. quæcunque. in fin. C. de fid. instrument. lib. 10. & Angel. in d. l. benè à Zenone. sensit Alex. cons. 94. n. 18. vol. 5. quem refert & sequitur Capitius decis. 69. num. 5.* Ex eadem ratione descendit, quod dominus tempore belli potest invito vasallo auferre feudum & eo munito contra hostes uti, quemadmodum dilucidè docet *Bald. in l. si ita. §. si dominus. de usu & habitat. & in l. si aliquam. in fin. de offic. Proconsul. & leg. Matth. de Afflict. in c. 1. §. quid ergò de investitur. de re alien. fact. & alii in hanc sententiam adducti à Roland. à Vall. cons. 96. in princ. vol. 2.*

Hinc etiam est, quod magistratus civitatis alicujus possit, ingravescente annona, cives, qui magnam frumenti copiam habent, compellere, ut viliori etiam precio frumentum vendant, ut probatur *in l. si pendentes. §. si quid cloacarum. de usufruct. & in l. 1. §. cum carnis. de offic. præfect. urb. & in l. 1. C. de Episcop. audient. & in l. fin. ad l. Jul. de Ann. per quæ jura hoc docet Roman. in d. l. 2. versic. 14. si velit. solut. matrim.* Quæ omnia cum ita sese habeant, sine hæsitatione constituendum videtur, quod multò magis publicæ utilitatis gratia quis invitus etiam teneatur ad id, in quo nullum ipsius versatur damnum.

Deniq; hoc ipsum disertè asserunt Interpp. *in d. l. 2. solut. matrim.* ubi licet generaliter definiant, cogi quem non debere, ut invitus de re sua alteri concedat quippiam, quod sibi non nocet.

26 Tamen † regulam hanc restringunt, ut non procedat in ultimis voluntatibus & dote, ex quo hæc publicam utilitatem quodammodo respicere videntur. Nam cum ista saltem in consequentiam quandam utilitatem publicam concernant, & nihilominus hac ratione existimetur, quem cogi posse ad præstandum id, quod sibi non nocet, & alteri prodest, *arg. d. l. 2. solut. matr. & d. l. qui poterat.*

Longè utiq; magis idem sibi locum vendicabit in his, quæ, ut negocium illud, de quo nunc agimus, magis principaliter publicum commodum respiciunt. Deniq; ne auctoritate destituatur hæc sententia, hinc ab Interpp. magis in specie traditum est, quod etiam in casu quo Argentifodinæ ad Vasallum pertinent, domino † feudi publicæ 27 utilitatis ratione integrum sit, eò mittere expertos magistros ad faciendum argentum, docet *Matth. de Afflict. in c. 1. §. argentum. n. 10. quæ sint regalia.*

Quinimò publici commodi gratia cuivis privato licere metalla in locis subterraneis etiam invito domino fundi fodere, quatenus id possit absque detrimento superficiei fieri, asserit *Jacob. de S. Georg. in tract. feud. in vers. cum Argentifodinis.*

Quantò igitur magis domino permitti debet, ut venam in fundo feudali frustrà effluentem sine vasalli præjudicio ad utilitates suæ provinciæ conferat. Illud quidem extra controversiam ab omnibus receptum est,

Quoties † quis publicæ utilitatis gratia aliquid de suo largiri tenetur, dam- 28 num quod inde sentit, numerato precio sibi resarciri debeat, ut probatur *in l. mulier in opus. & in l. in bello. §. si deportatum. de capt. & postlim. reverf. l. 2. C. quibus ex caus. serv. præm. libert. accept. not. gloss. in l. si locus. §. fin. quemadmodum servit. amittat. & in l. Barbarius. de offic. Prætor. & tradunt Dd. in d. l. fin. C. si contra jus vel utilit. public. & in d. c. quæ in Ecclesiarum. cum aliis copiosè in hanc sententiam congestis per Roland. à Vall. d. cons. 69. vol. 2.*

Tamen cum in proposito materia illa, de qua verba facimus, frustrà alioqui disperderetur, & penitus periret, atq; adeò ex hoc, si domino concederetur, nihil indè vasallo decederet, precium sanè jure peti non poterit.

Nam naturalis ratio, quæ cum publica utilitate conjuncta exigit, ut quod † mihi non nocet, & alteri pro- 29 dest, haud invitus concedam, eadem

 etiam

sine detrimento carere nequeat (in quibus casibus jam superius adducta obtinent) sed de eo hic quæstio est, an vasallus domino suo id jure denegare possit, quod ipse uti non potest, neq; aliàs ab interitu id vindicare, atq; adeò quo sine omni incommodo suo facilè carere possit, cum ipsi nihilominus in reliquo fructus suus constet. Quamobrem jura illa ad nostrum quidem propositum accommodari neutiquam possunt. Separatorum enim separata solet esse ratio. *l. neq; natales. C. de probat. l. fin. de calumn.* & in his quæ inter se sunt diversa, ut jus etiam diversum constituatur par est, *l. permisceri in pr. l. naturaliter. §. nihil commune. de acquir. possess. l. Papinianus exuli. de minorib.* Cætera itidem ex suprà dictis declarationem recipiunt, itaq; non est, quod in iis diutius immoremur, sed cum JCto concludimus: Hæc æquitas suggerit, etiamsi jure deficiamur: Quo tamen ipso nos non planè defici, ex hactenus dictis in aperto est.

ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(*a*) *Christoph. Torniel. cons. 61. n. 21.*

(*b*) Omnino *Menoch. de præsumt. lib. 2. præsumt. 18. n. 5. cum seq. Cacheran. decis. 29. n. 8* ubi hanc clari juris decisionem vocat *Petr. Anton. à Petr. in tract. de jur. quæsit. c. 3. quæst. 4. n. 47. & c. 6. part. 2. n. 46. c. 8. n. 55. Rauchbar. quæst. 13. n. 24. part. 1.*

(*c*) Adde latiss. *Joan. Petr. Surd. decis. 120. nu. 12. & decis. 236. nu. 10. Joan. Vinc. Honded. cons. 84. n. 45. vol. 2.* vide scribentes *in l. 2. solut. matrim.* & ibi noviss. *Petr. Barbos. Lusitan. in 2. part. in princ. num. 35.* ubi contrariam regulam constituit, postea tamen variè limitat, & huc referri potest *limitat 2.* quatenus loquitur de eo, qui ex contractu causam habet ab alio: ex paritate rationis.

QUÆSTIO XXVI.

ONUS INJUNCTUM HÆREDIBUS FEUDI, UT CERTAM PECUNIÆ summam hæredibus allodialib. ex feudo conferant, an integrum debeatur, si disponens in vita partem feudi alienavit, & precium in allodio reperitur.

SUMMARIA.

1. *Pecunia recipit functionem in genere suo. Declaratur n. 6.*
2. *Dispositio quantumvis favorabilis contra mentem disponentis non extenditur.*
3. *Dispositio qualibet intelligitur rebus sic stantibus, quibus mutatis, licitum est ab ea recedere.*
4. *Dispositio qualibet ita interpretanda est, ut disponens illis prodesse possit quibus voluit, & n. 7.*
5. *Causa manente manet dispositio.*

EX facto proponebatur, Titium, qui decem millia ex allodio suo ad feudi emptionem, & tria millia (quæ in feudi naturam jam antè commutata erant) ad meliorationes ejusdem contulerat, atq; ita feudum totum computata melioratione pro 15000. acquisiverat, pacto cum agnatis convento ita cavisse, ut post mortem suam tria quidem millia ex precio solis filiis feudi hæredibus cederent: Reliqua verò decem millia ex feudo redirent ad allodium, & ad liberos utriusq; sexus æquis portionibus pertinerent: Postea eundem Titium à feudo isto sylvam, quæ venditionis tempore (ut moris est singulis prædiorum vendendorum partibus certum ex singularum æstimatione precium statuere) quingentis æstimata fuerat, cum planitie adjacente iterum alienasse precio quinq; millium: ex his quatuor millia in nominibus collocasse, itaq; decessisse relictis filiis & filiabus, inter quos dividenda veniebat hæreditas.

Jam verò non ambigebatur, quatuor hæc millia, quæ in nominib. erant, æquis portionibus ad liberos devoluta esse. Sed præterea filiæ vi dispositionis suprà dictæ petebant portiones suas in decem millibus, quæ ex feudo in allodium referri defunctus voluit. Quærebatur, an possint, & an non potiùs, ut masculi contendebant, quatuor millia, quæ ex parte feudi vendita redacta fuerant, deducenda essent à decem millibus, ita ut filiæ, quoniam in sæpedictis quatuor portiones suas receperant, tantùm in sex reliquis millibus partes petere deberent?

Ac principio quidem non satis æquam filiarum petitionem esse, sed quatuor omninò reputanda, moveri quis posset, ut statueret, ea ratione: Quoniam tota illa dispositione hoc actum, & hæc principalis fuit intentio patris defuncti, ne quid filiabus ob decem in feudum collata decederet, sed damnum quod ex allodialium diminutione alioqui sentirent, hoc medio resarciretur. Cum igitur ex parte feudi vendita quatuor millia in naturam allodialium iterum redacta, atq; his bona hæreditaria adaucta sint, ut respectu hujus summæ filiabus ob feudi emptionem nihil amplius decedat, meritò ea reputabantur, & propterea filii successores feudi non plus, quàm quatenus propter feudi emptionem adhuc imminuta est hæreditas, nempe sex millia, cum filiabus dividere tenebuntur: Exigente nimirum hoc jam dicta ratione, quam patrem ad hoc disponendum permovisse apparet.

Ex ratione enim quævis dispositio interpretationem recipit, *l. uxorem in princ. de leg. 3. l. generaliter. & ibi Bald. C. de Episcop. & Cleric. l. cancellaverat. de his quæ in test. del. l. unum. §. fin. de leg. 2.* & cessante causa, ipsa cessat dispositio, *l. fin. de testam. tut. l. fin. de hæred. instit. l. cum pater. §. dulcissimis. de leg. 2.*

Id eò magis cum hæc † sit natura pecuniæ, ut functionem in genere suo recipere soleat, *l. 2. §. 1. de reb. credit. l. sed etsi 54. de legat. 1.* 1

Nam hac etiam de causa quatuor illa, quæ ex sylva vendita recepta sunt, illa eadem putantur, quæ à patre emente feudum primum ad solutionem precii adhibita sunt, ut ita ex patrimonio ipsius allodiali non plus quàm sex reliqua in feudum impensa absint, quæ cum filiabus juxta paternam dispositionem dividenda restent.

Cum etsi totum feudum vendidisset pater, & decem millia recepisset, pro eo haberetur, ac si pecunia illa semper in patrimonio ipsius mansisset, neq; propterea filii quippiam filiabus communicare tenerentur, idem ergò statuendum in parte feudi vendita, ut precium illius partis perceptum pro eo re putetur, ac si in feudi emptionem collocatum non fuisset.

Cum

Cum eadem sit ratio partis quoad partem, quæ totius, *ut in venditionis contractu arguit JCtus in l. jurisgentium. §. adeò. ubi gloss. de pact. l. quæ de tota. de rei vendic. l. in ratione. §. diligenter. ad l. Falcid.* Quod si aliter diceremus, & filios ultra quatuor suprà dicta etiam ad collationem decem millium vocaremus, cùm & filii plùs ex feudo retribuere cogerentur, quàm in id ex allodio conversum esset, & plùs consequerentur filiæ, quàm vel ipsis ex bonis hæreditariis absit vel disponens concesserit. Hac enim ratione hæredibus ex feudo isto dividenda essent quatuordecim millia, cùm totum non pluris quàm 13. millibus constiterit: ex quibus tamen defunctus filiabus partes attribuit solummodò decem millium, masculos verò tria millia præcipua habere voluit. Quo igitur jure filiæ in quatuordecim millibus partes petent contra mentem & voluntatem defuncti?

2 Nulla † certè dispositio quantumvis favorabilis contra intentionem disponentis extendi debet, *l. si quis nec causam. & ibi Dd. si cert. pet. l. clam possidere. § qui ad nundinas. ubi Jas. n. 4. de acq. vel amit. poss.* Neq; etiam tàm uni favendum, ut alteri injuria fiat, *l. impuberi. de administ. tut. l. cum filiusfamiliàs de milit. testam. l. assiduis in fin. qui pot. in pign.* quemadmodum contingeret, si masculis etiam parte feudi alienata & pecunia ad allodium conversa nihilominùs contribuendum esset id, quod pro toto feudo defunctus insumpsit. Si enim quatuordecim conferre cogentur, quomodo tria millia, quæ jussi sunt præcipere, servabunt? Accedit, quod per alienationem dictæ sylvæ haud parum commodi decesserit feudo. Cum autem in pecunia, quam feudi hæredes reliquis conferre jussi sunt, etiam meliorationum ratio habita sit, & harum respectu summa dividenda accreverit, ut ex suprà dictis liquet; æquitas postulat, ut & damnii hujus quod feudo per alienationem illatum est, ratio aliqua ducatur, & propterea filiæ tantò minus consequantur. Nam cum id velint adipisci, in quo feudum melius est redditum, certè & illud ipsis detrahi debet, in quo factum fuit deterius. Cum contrariorum eadem soleat esse disciplina; *l. 1. de his qui sunt sui. l. sciendum. in fin. qui satisd. cog.* & secundum naturam sit, ut quem lucrum, eundem & incommodum sequatur; *l. secundum naturam cum ibi not. de reg. jur.* Considerabatur prætereà ex parte filiorum, agnatos simultaneè investitos in sylvæ alienationem neq; quam consensisse. Quanquam autem liberis extantibus hoc defuncti factum impugnare non possint, est tamen quod conquerantur in conventionem, per quam onus illud 10. millium filiabus conferendorum feudo impositum est, hac imprimis ratione se descendisse quod animadverterint, si feudum in statu suo permaneret, nec partes distraherentur, facilem fore hanc 10. millium collationem. At nunc cum tàm bona pars alienata sit, in difficili esse, tot fœminis de reliquo solvere, itaq; feudo majora onera incumbere, quàm initio conventionis provideri poterat. Cuilibet enim apparet, difficiliorem redditam contributionem hanc, cum vel eo respectu antea expeditior habita sit, quod agnati eandem sylvam alienare potuissent, atq; ita fœminis satisfacere. Nunc v. cum hæc via præclusa sit, durior certè fit eorum conditio, in quam ignorantes consentire non potuerunt. Quod si agnati, cum quib. tamen hæc pactio facta proponitur, non consensere, sequitur, hanc dispositionē contrahentiū voluntate refragante eò extendendam non esse, ut fœminæ ultra precium partis venditæ etiam in decē millib. portiones suas plenè consequātur. Nec est, quod objiciant fœminæ, tantùm damni feudo illatum non esse, quia sylva vēdita, cum defunctus eam unà cum reliquo feudo sibi acquisivit, quingentis tantùm æstimata sit,

 ideoq;

ideoq; feudum in his solummodò diminutum. Respondetur enim ex parte filiorum, non sylvam solam alienatam esse, sed unà planitiem satis amplam, & hinc factum, ut precium in hac Titii venditione auctius fuerit, quàm cum ipse emeret. Licet autem planities illa unà cum sylva alienata, cum Titius feudum emeret, æstimata non fuerit, sed mantissæ instar accesserit, nihilominus tamen usum præbuit haud exiguum, ut vel ob hanc feudum deterioratum dici possit. Et quicquid sit tandem, cum agnati in contributionem ex feudo integro filiabus faciendam consenserint, at jam bona ejus pars distracta sit, ad hanc distributionem obligari amplius non videntur. Iniquum enim est, feudum ita sine ipsorum consensu diminutum iisdem aut etiam majoribus oneribus premi, atq; initio consensum est.

3 Quælibet † enim dispositio & quilibet contractus intelligitur rebus sic stantibus, *l. quæro. §. inter locatorem. locat. l. quod Servius. ubi latè Jas. de condict. caus. dat. l. continuus. §. cum quis. de verbor. obligat. l. ex facto. de vulg. & pupill. l. cum quis tibi. de solut.* ut & quælibet promissio *l. qui servum. de verbor. obligat. c. cum inter. de renunciat.* Unde ex causa de novo superveniente licitum est ab omni dispositione recedere, *l. si post datum 13. de procurat. c. non debet. de consanguinit. & affinit. c. suus gestum. de decim.* Meritò itaq; etiam hoc casu agnati in onus feudo deteriorato imponendum non consensisse videntur. Eademq; filiorum est ratio, cum nisi agnati consenserint, in præjudicium ipsorum feudum onerari non potuerit.

Quæ hactenus pro masculis considerata sunt, qualem qualem speciem juris & æquitatis præ se ferant, tantùm tamen ponderis habere non videntur, ut propterea filiarum petitioni annuendum penitùs non sit, sed potiùs ita temperandum videtur negocium, ut cum sylva ista tum, quando primum Titius feudum hoc emit, æstimata fuerit quingentis, atq; propterea ex allodio quingenta in sylvam contulisse videatur: Hæc verò quingenta sylva vendita rursus ad allodium redierint, & ex hoc res pro eo habeatur, ac si de millibus decem in feudum ante collocatis, nunc deductis hisce quingentis tantummodò 9500. fl. in emptione feudi locata sint residua, hæc 9500. fl. etiam cum filiabus ex dispositione paterna dividatur, quantumvis de 4000. portiones suas illæ obtinuerint. Quod ut melius cognoscatur, repetendum est id, quod suprà monuimus, in venditione prædiorum moris esse, ut singulis partibus certum ex peculiari cujusq; æstimatione precium statuatur: quo facto universus fundus tanti venit, quantum ex consummatione singularum summarum efficitur. Hoc genus venditionis in jure ita consideratur, ut quamvis una venditio sit; *l. cum plures. 72. ibi. multi fundi una venditione continentur. de evict.* precio tamen soluto tantum in quamlibet partem impensum videatur, quanti ea in principio æstimata fuit, *l. si fundo 63. de evict.* In proposito autem sylva, quam Titius postea alienavit, venditionis tempore quingentis æstimata fuit: unde sequitur ex universo illo 13000. precio, quod in feudum illud ex allodio collatum est, quingenta hæc in sylvam, in reliquas autem partes 12500. versa esse. Hoc præsupposito statuendum est, cum quingenta illa sylva vendita rursus ad allodium redierint, & ex hoc res pro eo habeatur, ac si de tredecim millibus in feudum ante conversis tantummodò duodecim millia & quingenta in id collata sint, æquissimum videri, ut deductis ex hac duodecim millium & quingentorum summa tribus millibus, quæ filiis præcipua esse voluit, disponens, novem millia & quingenta filiabus ex dispositione paterna

confe-

conferantur, quantumvis de quatuor millibus portiones suas obtinuerint.

Primò enim manifestum est, de duabus planè diversis summis hîc agi, utpote quæ à diversis causis descendant, neq; se ullo respectu invicem contingant. Quatuor millia ex sylva vendita originem trahunt. Et in his quidem expeditum est, 500. antea in feudum collata, & nunc iterum ex eo redacta esse, cumq; nec hæc quingenta, nec reliqua summa in feudum iterum redacta fuerint, filiabus portiones inde deberi constat. Novem verò millia & quingenta in feudum collata adhuc restant, superq; iis manifesta adest dispositio, ut omne id, quod in feudum collocatum est, fœminis pro rata conferatur. Secundum hanc igitur diversam & separatam cujuslibet summæ rationem de qualibet earum separatim judicandum erit; *argum. l. Papinianus exuli. de minorib. l. naturaliter. §. nihil commune. de acquir. possess.*

Deinde ex dispositione Titii satis apparet, filiabus imprimis eum consultum voluisse. Non ergò contraria interpretatione eò deducenda res est, ut in filiarum incommodum illa cedat, & hæc propterea, quia ex quatuor millibus tanquam pecunia allodiali portiones suas consequuntur, minus juris in eo habeant, quam ex speciali disponentis favore ipsis debetur: sed potiùs ea tenenda erit interpretatio, secundum quam id, quod dispositione ista filiabus conservare voluit Titius, salvum atq; integrum maneat, quicquid alioquin ex allodio percepe-rint; Tum quia in quavis dispositione causa finalis attendenda & secundum hanc effectus ejus ampliandus & restringendus est, *l. 2. § fin. de donat. l. 1. §. sexum de postulat. l. et si more. §. fi. de donat. inter vir. & uxor. Bald. in l. generaliter. C. de Episc. & Cleric.* Tum etiam quia in unum finem inducta contrariū operari non debent, *l. legata inutiliter. de adim. legat. l. quod favore. de legib. l. pro hærede.* *ubi Bald. de acq. hær. l. qui hominem. §. fi. de solut.* Cum præsertim voluntas disponentis clara sit, ut filiæ quicquid ex allodio perceperint, tamen pecuniam, quæ in feudum conversa fuit, pro portione consequantur. Hanc enim ejus mentem ut sequamur, & omnibus aliis conjecturis anteponamus, juris ratio exigit, *l. quoniam indignum. C. de testament. l. 3. C. de lib. præterit.* & secundum † illam ea capienda erit interpretatio, per quam disponens illis prodesse possit, quibus voluisse eum apparet, *Castrens. consil. 52. col. 1. vol. 1. Cravett. consil. 5. num. 15. & cons. 972. n. 28. Riminald. junior consil. 610. nu. 40. & 94.* 4

Præterea si rectè negocium hoc perpenderimus, hæc eadem causa, quæ Titium ad hoc disponendum permovit, etiamnum subest, licet enim quatuor millia ex sylva vendita confecerit, verum tamen nihilominus est, eum ex hæreditate 9500. fl. (deductis nimirum quingentis, pro quibus sylva, cum emeret feudum, æstimata fuit) impendisse in feudum, eademq; adhuc impensa manere, cum singulæ partes, quæ etiamnum in feudo extant, tanti à principio æstimatæ sint, ut hanc novem millium & quingentorum summam conficiant, quare vel ob hanc causam durantem adhuc locum habebit dispositio, & juxta illam 9500. fl. dividendi erunt inter liberos.

Cum sicut † cessante causa, cessat effectus, *l. adigere. §. quamvis. de jur. patron. l. generaliter. C. de Episcop. & Cleric. c. cessante. de appell.* ita etiam quamdiu eadem subest, locum obtinere solet quævis dispositio, *l. nomen debitoris. §. fin. de legat. 3. l. 2. §. si mater. vers. quid si Curatores. ad Tertull.* 5

Deniq; si hæreditas Titii post pecuniam in feudi emptionem collocatam vel ex fructibus feudi vel aliundè auctior & locuplotior facta fuisset, nemo non concederet, nihilominus dispositionem Titii locum etiam-

num

num habere, & propterea pecuniam in feudi emptionem versam filiabus conferendam esse. Cur igitur quæso non idem in proposito dicendum esset. Quicquid enim ultra quingenta, pro quibus sylva empta fuit, ex secunda venditione confectum est, instar est lucri aliundè provenientis. Non itaq; dispositioni paternæ magis obstaculo esse poterit, quàm si alia ex causa hæreditas aucta fuisset.

Hæc etiam sententia magis confirmabitur, si rationes, quibus suas partes tuentur filii, diligentius consideraverimus. Nam quod primò dictum fuit, ob hæreditatem ex vendita sylva denuò auctam cessare causam dispositionis paternæ, id aliter se habere ex iis, quæ paulò antè fuerunt considerata, manifestum est. Verùm enim nihilominus est post venditam sylvam 9500. fl. quæ filiabus hac dispositione conservare voluit Titius, etiamnum in feudum collata manere atque hæreditati abesse. In aperto est etiam, quamvis ex quatuor illis filiæ portiones suas capiant, eas tamen propterea nihil ex feudo ratione 9500. fl. eò collatorum precepisse: Cum tamen, ut de his etiam suas partes percipiant, voluerit defunctus: ut ita eadem adhuc subsit disponendi causa & voluntas. Nec dicatur quatuor millia in locum decem suffecta esse, sed sunt manentq; duæ summæ diversæ non confundendæ.

6 Pecuniam quidem † sui natura fungibilem esse constat. Hoc tamen in iis summis non obtinet, quæ ut in proposito ex diversis & separatis causis proficiscuntur: Cum separatorum separata soleat esse ratio: præsertim quando nulla accessit conventio functioni huic causam præbens. Nam quando pecunia in genere suo functionem debet recipere, ut ex contractu id descendat; deq; eo aliquid dictum sit oportet. Quemadmodum in mutuo, quando de pecunia in eodem genere reddenda agitur, estq; hæc functio nihil aliud quàm permutatio, *ut appellat Papin. in l. sed si. 54 de legat. 1.* At hîc ut quatuor ista in locum decem succedant, nihil actum apparet.

Non igitur quicquam huc facit, quod de pecunia functionem seu permutationem in eodem genere recipiente dici solet, sed utraq; summa secundum propriam ipsius naturam considerabitur. Idq; ex eo quoq; manifestum fit, si ut paulò antè etiam consideravimus, ponamus, Titium tamdiu superstitem fuisse, ut plus quàm decem millia ex feudi fructibus percepta in allodio reliquisset. Hoc enim casu certum esset, pecuniam hanc, non attento ex allodio an ex feudo acquisita fuerit, ad fœminas æquè pro portionibus pertinuisse, & tamen decem millium portiones ex dispositione defuncti petere eas potuisse. Quamobrem sicut id, quod ex aliis usibus & fructibus feudi Titius reliquit, in decem ista millia non computatur, nec deducitur, ita nec quod ex sylva ultra precium quingentorum in illam impensum ad eum pervenit, reputari poterit. Multò enim charius sylvam vendidit, quàm ipse emit, ut ita tota hæc summa lucri instar sit. Argumentum autem à toto ad partem in se quidem verum est, modò huic negocio rectè accommodetur. Ex eo enim istud optima sequitur ratione, ut quemadmodum si totum feudum venditum fuisset, & precium in id collatum hæreditati denuò accessisset, nihil à filiabus hujus ratione peti potuisset: ita neq; etiam parte feudi vendita & quingentis inde iterum confectis, hujus partis & horum quingentorum nomine, quibus illa in prima emptione fuit æstimata, quicquam ex feudo petere filiæ possint. Ut verò etiam de reliquis 9500. propterea nihil petere debeant, eò vires suas argumentum hoc extendere nequit,

quit, cum partem tantummodò venditam & pecuniam ex ea redactam respiciat, reliqua verò minimè attingat: Sed hæc cum pristinum statum obtineant, ex dispositione defuncti dijudicanda maneant. Non refragatur filiarum causæ, quod suprà consideravimus hac ratione fieri, ut inter hæredes utriusq; sexus ex feudo dividenda essent quatuordecim millia, cum defunctus decem duntaxat dividi voluerit. Hæ enim summæ planè distinctæ sunt ex diversis causis descendentes, non igitur misceri ita queunt, ut ambæ ad dispositionem trahantur. Sed vi dispositionis paternæ decem deductis tamen propter sylvam venditam 500. fl. inter hæredes dividuntur, reliqua 500. fl. non ex vi illius dispositionis, sed ex propria ipsorum natura ad singulos pro portione pertinent, ut ità à separatis mala facta fuerit illatio. Neq; habent, quod conquerantur agnati, tria millia quæ præcipua habere debent, eis salva non esse. Nam cum sylva duntaxat cum planitie adjacente divendita sit: ea v. tantùm pro quingentis æstimata fuerit, atq; propterea solummodò quingenta feudo secundum primam æstimationem decesserint, residuis adhuc manentibus 12500 fl. utriq; licet cum filiabus 9500. fl. dividantur, residua adhuc erunt 3000. fl. quæ filii præcipua habere debent. Hoc igitur tantummodò præstat inspectio ista, ut de decem millibus inter filias dividendis quingenta, quæ ob sylvam venditam æstimationi feudi decedunt, deducenda sint, ad residuū verò planè non pertinet. Ex quo etiam simul apparet, licet deteriorationis hoc loco habenda esset ratio: illam tamen propter sylvam vēditam juxta æstimationem, quæ tum cum emeretur feudum, facta fuit, computandam atq; interim eò respiciendum esse, utrum deducta illa deterioratione tantùm adhuc supersit in feudo, ut & causa, quæ ad disponendum induxit Titium, subsit, atq; adeò dispositioni locus esse possit. Secundum hoc itaque non nisi quingenta deducenda & cum adhuc 12500. fl. residua sint, atq; ex his 3000. filii præcipere debeant, reliqua 9500. adhuc ex bonis hæreditariis in feudum collata supererunt, & quod consequens est, dispositionis causa etiamnum subsistente, cum filiabus illa dividenda erunt.

Quæ deniq; de consensu simultaneè investitorum, & eo quod ipsorum interest, dicta fuerunt, ideò minùs hîc locum inveniunt, quod filiabus res sit non cum simultaneè investitis, sed totum hoc fratres filios Titii respiciat, qui certè factum parentis sui præstare tenentur, in cujusvis præjudicium id cedat. Nec sequitur, agnati non obligantur, ergò nec filii, præsertim, ut hoc casu nostro in feudo novo & à parente ipsorum primitùs acquisito. Neque refert, faciliorem fuisse contributionem, si sylva à feudo distracta non fuisset. Nam cum liquidò constat, patrem voluisse, ut precium pro feudo expensum conferatur, quid causæ est, quod propter ejusmodi leves conjecturas voluntatem ipsius apertissimā negligant? Non enim ideò decem millia conferre jussit, quod feudum habeant, vel parvum vel magnum, integrum vel diminutum, sed quod in hoc feudum tot ex allodio contulerit. Quamdiu igitur causa hæc obtinet, tamdiu locum habebit dispositio. Obtinere enim illam, quod ad 9500. residua attinet, abundè jam probatum est. Quod si præterea aliqua probabilis subesse possit dubitandi ratio, tamen cum manifestum sit, Titium tota hac conventione filiarum præcipuam duxisse rationem, atq; his potissimùm 7 prospectum voluisse, in dubio etiam pro filiabus judicandum esset, *arg. l. si viva. C. de bon. matern. l. publ. §. 1. de cond. & demonst. l. in ambiguo. de jur. dot. l. in ambiguis. ubi not. de reg. jur.* Hæ itaq; rationes cum aliquot JCtorum collegiis proponerentur, pro filiabus ab iis responsum fuit. *(a)*

(a) ADDI-



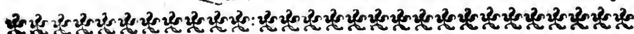
ADDITIO

Simonis Ulrici Pistoris, Hartm. F.

(a) De hac decisione non immeritò quis dubitaverit, idq; præter ea quæ superius in contrariam partem adducta sunt, duabus potissimùm rationibus, quarum prima ex vulgata regula desumitur, quæ habet, Diminutis rebus, ex quibus aliquid oneris debetur, minui & ipsum debitum, *l. 2. & 3. C. de alluv. & pal. l. 2. cum ibi not. C. de præd. nav. lib. 11. l. forma §. illam. de censib. l. ex conducto. §. si merces. & §. vis major. locat. l. quid tamen in fin. quem usufr. amitt. l 3 in fin. ubi pup. educ. deb.* Sic diminuto legato, diminuitur onus, *l. facta. §. Titius ad Trebell. l. pœnales. §. si Titio ad l. Falcid. l. Plautius de condit. & demonstr.* & portio hæredi decrescens minuit onus legatorum, *l. etsi contra. de vulg. & pup.* maximè quando id ex facto ipsius disponentis (ut hoc nostro casu) contigit, *l. qui hæredi. § si pars ubi gl. & Dd. de condit. & dem. d. l. Plautius.* Ex quo ipso effici posse videtur, cum in quatuor istis millibus feudum diminutum sit, onus etiam ei incumbens pro rata illa portione minuendum, idq; eò magis, quia id, in quo feudum imminutum est, & cujus ergò hæc exoneratio petitur, jam ad filias pervenit. Deinde hanc partem non mediocriter confirmat elegans text. *in l. Lucius 22. de leg. 2.* ubi testator militiam, aut æstimationem ejus, legavit Titio, post conditum verò testamentum ipsemet in vita militiam vendidit, & precium ei dedit, cui testamento legaverat: Respondet JCtus, hæredem ad aliam præstationem non teneri: quia *ut notant Baldus & Castrens.* ibi testator in vita tradendo legatum censetur hæredem prævenisse, eumq; à præstandi necessitate liberasse. Id quod in nostro casu iisdem planè verbis dici potest, in quo disponens à successoribus feudi decem millia ex allodio sumpta ex feudo, rursus inferre voluit: ipse autem partem feudi distraxit & quatuor millia ex precio in allodium intulit: quo ipso hæredes prævenisse, & hac in parte à præstatione eos liberasse censebitur. Et magis in specie huc facit, quod ibidem subjicit JCtus, cum ait: quod si non totum precium militiæ, sed partem vivus testator legatario dederit, reliqui supererit exactio. Nam quemadmodum ibi parte precii à vivente testatore data legatario non ad totum legatum, sed ad reliquum duntaxat actio competit: ita hic quatuor millibus ex feudo in vita disponentis relatis, non ad totum sed ad reliquum tantùm actio competeret. Eodem pertinet *l. filia. C. de leg.* ubi filia legatorum non habet actionem, si ea quæ ei in testamento reliquit, vivus pater postea dederit, & quæ tradit *VVesenbec. cons. 26. & Fab. de Ann. cons. 91.* Ex quibus fit, ut in alteram quidem partem pronior sim.

Et quamvis ad prius objectum responderi possit, feudum in proposito non adeò imminutum esse, quin adhuc in reliquis ejus partibus tantùm resideat, quanti illæ æstimatæ sunt: tamen id tantopere considerandum non videtur, cum disponens non tàm eò respexerit, quid in singulas feudi partes contulerit, aut quanti eæ æstimatæ sint, sed quantum ex allodio ejus feudi occasione decesserit: quo per eundem ex eodem illo feudo restituto certè locum invenit dispositio text. *in d. l. Lucius.* Cogitent tamen de hoc eruditi.

QUÆ-



QUÆSTIO XVII.

CONTRACTUS QUANDO PRO PERFECTO HABEATUR, AUT AD perfectionem ejus agi possit, ex facto quæritur.

SUMMARIA.

1. *Pacta & transactiones solo consensu absq; alia solennitate perficiuntur. Declarat. num. 35.*

2. *Contractus an perfectus sit nec ne, ex voluntate contrahentium dijudicandum, & num. 21. Declaratur num. 37. ut quando usi sunt verbis præsentis temporis, num. 3. Declaratur num. 38. aut manus invicem dederint num. 4. aut sigilla apposuerint n. 5. aut obligatio & actio inde orta sit, ut pœnitentia locum amplius non habeat nu. 7. Nec nocet, si aliquid, quod ad majorem cautelam appositum fuit, postea omittatur n. 9. aut instrumentum, de quo conficiendo inter partes convenit, non conficiatur nu. 13. Contra n. 22. præsertim si de consuetudine ad validitatem id requiratur nu. 26. 39. aut ipso contractu dictum id fit non postea n. 40. possunt enim partes adhuc cogi ad instrumentum conficiendum nu. 14. 29. In hoc tamen an contractus perfectus sit nec ne, conclusio potissimum attendenda nu. 15. pro perfecto autem non habetur, quoties partes in futurum aliquid conferunt n. 18. maximè in ipso contractu n. 24. 40. ad substantiam contractus pertinens nu. 25.*

6. *Sigillum etiam absq; subscriptione probat, quoties apparet voluntate sigillantis appositum esse.*

7. *Donatio & promissio ob justam aliquam causam facta multùm differunt.*

8. *Donatio reciproca & ob causam insinnatione non eget.*

9. *Omissio eorum, quæ ad majorem cautelam apposita sunt non vitiat, item quod tantùm ad bene vel melius esse pertineat nu. 10.*
Solennitatis supervacuæ omissio non nocet.

11. *Consensum per Procuratorem interponere promittens consensisse videtur, licet postea Procuratorem non constituerit.*

12. *Formæ solennitas omitti potest, quando modus qui observatus fuit, sufficit. Superflua sine nocumento tolli possunt.*

15. *Conclusio contractus potissimùm attendenda.*

16. *Perfectum aliquid dici non potest, quoties aliquid agendum superest latè.*

17. *Renunciationis coram judice faciendæ promissio pro renunciatione perfecta non habetur.*

19. *Promittens facere in futurum præsumitur nolle facere in præsenti.*

20. *Tempus certo modo determinatum alterius temporis determinationem non recipit.*

23. *Testator si de testamento suo voluerit confici instrumentum, ultima ejus voluntas ante instrumentum confectum pro perfecta non habetur.*

27. *Pactum de contrahendo à contractu ipso plurimum differt, potest tamen quis ex eo compelli ad contrahendum aut Interesse præstandum num. 29. Declaratur n. 31.*

28. *Imperfectum quod est, pro nullo habetur, neq; obligationem aut ullum alium effectum producit.*

30. *Libellus ineptus & processus desuper institutus est ipso jure nullus.*

32. *Ex contractu, quem quis pro sua parte implere recusavit, agere nemo potest.*

33. *Moræ purgatio non admittitur re non amplius integra.*

34. *Transactiones ex post facto mutuo consensu tolli possunt.*
Insinuatio contractus post mortem contrahentium fieri non potest ibid.

35. *Actus non nisi ex conjunctione omnium rerum perficitur.*

36. *Forma sine materia esse nequit, ideoq; illa interpretationem recipit.*

39. *Effectus ex sua causa interpretationem recipit, nec plus operatur.*

OBlata mihi aliquando est ejusmodi facti species. Nobiles quidam post diuturnam de bonis non exigui momẽti controversiam tandem inter se ita convenerant, ut ii, qui possessori litem movebant, ab ea desisterent, & ambæ partes reciproco pacto promitterent, si alterutra sine liberis masculis decederet, tunc bona decedentis ad superstitem vigore donationis perventura. Adhibitisq; solennibus ad ejusmodi contractum necessariis, inter cætera etiam hoc adjectum fuerat, **Sagen auch darauff einander** / hoc est, promittunt etiam juxta hæc, ut ista donatio, ordinatio & amicabilis compositio in omne ævum, quamdiu familiæ istæ duraturæ sunt, pro se & omnibus hæredibus suis firma & inviolata servetur, sese maturè & quamprimùm coram Magistratu & domino feudi comparituros hanc donationẽ firmiter facturos, atq; invicem refutaturos & donaturos esse. Cum verò animi istorum paciscentium per hanc compositionem nondum planè reconciliati essent, varia subinde inciderunt, quò minus partes ita ut promiserant, in curia domini comparerent, & conventa implerent, adeò ut mortuis postea contrahentibus, tota res per annos plus quàm triginta alto silentio involveretur. Evenit deinde, ut filius istius possessoris, qui pactum inierat, sine liberis masculis decederet, relicta filia, quam unà cum marito hæredem omnium bonorum suorum instituerat. Quod fieri jure non potuisse, sed bona tanquam conditione supradicti contractus impleta ad se pertinere contendebant masculi superstites eorum, qui cum patre defuncti in hunc ipsum casum pacti fuerant. Cumq; contra supradictam conventionem inter cætera (quæ huc referre nihil attinet) etiam hoc à filia opponeretur, contractum istum ob defectum supradictæ solennitatis perfectionem suam nequaquam sortitum, & propterea ultimò defunctum eo nunquam obligatum fuisse, quæsitum fuit, a[n] satis rectè diceretur.

Ac prima quidem fronte omn[ibus] visum est, conventionem istam, [et]iamsi curiæ domini proposita & i[nsi]nuata non sit, modis omnib. pro [per]fecta & absoluta habendam. Omn[ia] enim perfecti & absoluti contra[ctus] requisita hîc adesse deprehendun[tur], cum tàm ex initio quàm ex toto c[on]textu Scripturæ appareat, contrah[en]tes de re ipsa, de qua pacisci voleb[ant], planissimè convenisse & inter se c[on]cordes esse. Pacta † autem & tra[nsa]ctiones solo consensu absq; alia so[lem]nitate perficiuntur, *l.cons. de act. &* [...] *& tot. tit. Inst. de obl. quæ ex cons. l.* [...] *trans. junct. l. 1. in fin prin. de pact.* [...] indubitatum esse ait Decian *cons.* [...] *2. vol. 3.*

Quinetiam ex verbis ipsius conv[en]tionis constat, contrahentes ipsos [...] pro firma & absoluta conventio[ne] habuisse, cum expresè dicant: [...] **zwischen den G. eine bestendige Vor[...] chung auffgerichtet vnd vollzogen** / [...] inter G. stabilem conventionem i[...] & confectam fuisse. Tantò itaq; m[...] pro tali habenda erit. Utrum n. c[on]tractus † perfectus sit nec ne, ex vol[un]tate contrahentium potissimùm d[...] dicandum est, ut sensit *Bart. in l. co[...] n. 3. C. de fid. instr. Alex. cons. 28. n. 4.* [...] *1. Jas. cons. 196. col. 2. vol 2. Natt. c[...] 357. nu. 1.*

Additur præterea, hanc conven[tio]nem in eum finẽ factam, ut appare[...] quid nunc & in posterum in omne [æ]vum servandũ sit, atq; ita adsunt ve[rba] non solùm futurum, sed & † præs[ens] tẽpus denotantia, quæ regulariter [...] guere solent actũ illo ipso tẽpore & [...] continenti absolutũ esse & effectũ [...] tiri, *ut per not. gl. in Cl. 1. ℣. ex nunc de c[...] cess. prab. & in c. prat. de app. docet Ar. c[...] 159. n. 10.* & quoties fit mentio obli[ga]tionis de præsenti, quod non consi[de]retur, quid præterea additũ fuerit, [...] sit *Gr. cons. 107. n. 7. vol. 1. Decius cons.* [...] ubi dicit, quãdo contrahentes utun[tur] verb[is]

verbo, Debet, contractum esse perfectum, quicquid postea dictum sit. Quid quod in fine contractus subjicitur, paciscentes stipulata manu & ore invicem promisisse sese hæc omnia
4 observaturos. Nam manuum † conjunctio est evidens signum perfecti consensus, & perfectæ pactionis, *ut not. in c. 1. in fin. de spons. duor. & post gloss. in l. 1. verb. pactum. de pact. not. Bald. Ang. & Alex. ibi Aretin. cons. 13. num. 9.*

5 Apposita † sunt etiam sigilla contrahentium, quod ipsum etiam perfectionem contractus arguit, *argu. ejus quod not. glos. in l. contract. verb. absoluta. C. de fid. inst. & Aretin. cons. 159. nu. 11.*

6 Et † quamvis subscriptio non accesserit, nihil id tamen refert, cum sigillum etiam absq; subscriptione probet, præsertim quoties apparet consensu ejus, ad quem istud pertinet, appositum fuisse, *l. 2. junct. gl. C. de reb. alien. non alien. Bart. in l. quæ dotis. & ibi Alex. solut. matrim. Rom. cons. 303. Felin. & Decius in c. tertio loco de prob. Cravett. de antiquit. tempor. part. 1. §. quæritur etiam. nu. 44* Non itaq; dubium est, contrahentes invicem ex hoc obligatos & devinctos esse, cum ut dictum est, ex solo consensu nascatur obligatio, nihil igitur impedit, quò minùs contractus pro perfecto habeatur.

7 Quoties † enim ex contractu aliquo oritur obligatio & actio, ut pœnitentiæ amplius locus non sit, tum is pro perfecto habetur, ut sensit *Decius cons. 340. Decian. d. cons. 64. n. 15. vol 3. Gabr. cons. 65. n. 33. vol. 2.*

Quamvis autem in fine subjunctum sit, contrahentes coram Magistratu & curia comparere & donationem istam firmiter facere debere: Id tamen ad substantiam & validitatem hujus contractus tantopere necessarium non fuit, sed is nihilominus vim atq; robur suum potuit obtinere.

8 Nam etsi † donationes regulariter insinuationem requirere soleant, hæc tamen conventio pro donatione non est habenda, sed est tantummodò promissio quædam, ob justam causam facta, ut sensit *Oldrad. d. cons. 139. Alex. cons 83. nu. 6. vol. 2. Jas. cons. 60. col. 2. vol. 2. & multis firmat Gabriel cons. 136. n. 4. vol. 2.* Quinimò etsi donatio esset, quia tamen est reciproca, etiam absq; insinuatione valeret, ut multis probat *Tiraquell. in l. si unquam in verb. donatione largitus. n. 199. C. de revoc. donat. & in terminis nostris idem post alios, quos citat, sensit in tract. de jure primogen. quæst. 6. n. 5. in fin.* De quo hic ideò minùs dubitandum, quia secundum morem Regionis, in qua bona sita sunt, aliàs liberum est vasallis, de feudis suis pro libitu disponere. Quamobrem etsi partes inter se convenerint, ut majoris securitatis & certitudinis causa donatio etiam coram Magistratu fieri debeat, quia tamen etiam absq; eo conventio semel inita perfecta & absoluta fuit, nocere certè ipsi non deberet, quod postea Magistratui insinuata non fuit.

Posita † n. ad majorem cautelam, si 9
postea omittantur, non viciant, *l. non solent. de reg. jur. l. testamentum. C. de testam.* & omissio solennitatis supervacuæ non nocet, *l. hæredes palam. in princ. de testam. Signorol. cons. 41. lib. 1. Cravett. cons 501. n. 8.*

Sicut nec † etiam quæ fieri solent 10
ad benè & melius esse alicujus actus, si absint, viciant, *ut per not. Bald. in l. id quod pauperibus. q. 22. C. de Episcop. & Cleric. & in l. cum quidam. q. 2. de legat. 2. ait. Natt. cons 537. n. 22. & Ant. Marc. Corar. de elect. opinion. vers. absoluta difficultate. n. 8.* Ex quo respondet *Paris. cons. 5. nu. 37. vol. 4.*

Si conventum † fuerit, quod capi- 11
tulum velit constituere Procuratorē ad consentiendum actui, licet is deinde non fuerit constitutus, nihilominus valere quod gestum est, qui hoc non fuit necessarium, Facit, quod † 12
dicitur, formæ solennitas potest sperni & omitti, quando modus, qui fuit servatus, sufficit, & succedit loco for-

mæ requisitæ, *Rimin. jun. conf. 268. nu. 44.* Et actus superfluus sine nocumento tolli potest, *Zas. cons. 2. nu. 28. lib. 1. Bursat. cons. 74. nu. 107.*

Suffragatur præterea huic opinioni id, quod à plerisq; traditum est, licet
13 † in contractu, de instrumento ejus nomine conficiendo, dictum, idq; deinde prætermissum fuerit, nihilominus contractum pro perfecto habendum esse, eundemq; valere & obligationem producere, cum instrumentum ad substantiam contractus non requiratur, *l. contrahitur. de pignorib. & hoc sensit Bart. in l. contractus. num. 1. ibi. quando hoc agitur ut aliter non valeat. C. de fid. instr. & Decius post Angel. ibi nu. 3. & Salicet. n. 9. Idem Salicet. in l. testium. nu. 4. C. de testib. & in auth. sed novo jure. nu. 5. C. si cert. petat. Joan. Fab. in §. 1. in pr. Inst. de empt. & vend. & ibi etiam Angel Aretin. Andr. Barbat. in rub. de empt. & vend. extr. n. 7. Angel. cons. 156. nu. 2. Socin. sen. cons. 173. n. 3. vol. 2. Decius in l. pactum quod bona fide. col. 2. C. de pact. & cons. 340. ubi dicit, hoc communiter teneri Berous cons. 80. in fin. vol. 3. Afflict. decis. 105. in fin. Gozadin. cons. 1. num. 42. Grat. cons. 107. vol. 1. Vasquius quæst. illustr. c. 28. in fin. Anchoran. quæst. famil. 2. lib. 1. & hanc sententiam communem esse, multis ostendit Decian. d. cons. 64. nu. 17. & seq. vol. 9. idemq; post alios testatur Bursatus cons. 100. n. 19. & 20.*

Posito etiam tantopere referre, quod conventio ista Magistratui insinuata non sit, atq; ideò eam pro minus perfecta habendam esse: quia †
14 tamen paciscentes invicem promiserunt, hanc donationem coram Magistratu facere addita asseveratione, sese omnia, quæ conventa fuerant, diligenter impleturos, adhuc tenerentur rem ad effectum perducere, ut in simili docet Decius *d. cons. 340. nu. 2.* ubi concludit, quod licet venditio ex eo, quod Scriptura non confecta fuit, minus perfecta censenda sit, nihilominus tamen contrahentes ex pacto de vendendo addito obligati maneant, [ad] perficiendum contractum cogi [pos]sint. Idem voluit Cephalus *cons. [...] 18.* sentiens contractum ejusmo[di ea]tenus perfectum esse, ut partes [cogi] possint ad instrumenti confe[ctio]nem.

Hæc etsi probabiliter dicantur [...] tamen diligenter considerata non [...] què defendi posse, existimavi, con[ven]tionem istam ideò, quod omnia i[n ea] contenta impleta non sunt, pro m[inus] perfecta habendam, neq; adeò ag[endi] ex ea quicquam juris competere.

Quando † enim scire volumus [an] contractus aliquis perfectus sit nec[ne,] potissimùm conclusio ejus attend[en]da est. Totius enim contractus p[er]fectio consistit in conclusione, ut [...] text. *in l. si voluntate. C. de rescind[.] vend.* quem *Bald. ibi.* notandum & non esse in jure meliorem dicit: [o]mniaq; pacta & capitula contractus [di]cuntur perfici in conclusione, *ut n[...] idem Bald. in l. contractus. C. de fid. in[str.] & in l. jus civile. de legib. quem ref[ert] Natt. cons. 375. nu. 1.* Ideoq; conclusi[o]nem finalem contractus, per quam cõventio ponitur, in esse, potissimù[m] attendendam esse ait *Socin. sen. cons. [...] nu. 6. vol. 1. cum aliis in hanc sententiam adductis à Rimin. jun. cons. 57. nu. 14. Pe[tr.] Surd. cons. 217. nu. 11. & cons. 282. nu. [...] & Bursat. cons. 286. n. 11. & 12.* qui inq[uit] ait, quod ante conclusionem contr[a]hentes non dicantur contraxisse, se[d] velle contrahere. Si itaq; conclusio[]nem hujus nostræ conventionis inspi[]cimus, ea tantùm hoc importat, quo[d] partes quamprimùm coram Magi[]stratu comparere & ibi donationem firmiter facere, invicem refutare & concedere debeant. Non itaq; tunc temporis, antequam partes coram Magistratu hæc peragerent, contractus pro perfecto haberi poterit.

Neq; enim potest † dici perfectum, quamdiu superest aliquid agendum, *l. pen. Codic. de his quibus ut indign. l. cum*

cum Syllan. C. ad Syllan. l. si ita fuerit. de manum. testam. l. pen. C. de edend. l. si defensor. de interrog. action. sed perfectum id dicitur, cui nihil superaddi potest, *l. nihil. & ibi Bald. C. de manum. Vind. Corneus cons. 90. num. 13. vol. 2.* neq; ex intervallo suscipit majus vel minus, *Bald. in l. quoties. col. 2. C. de suis & legitim. Paris. cons. 19. nu. 188. vol. 2. & cons. 161. nu. 15. vol. 3. Roland. à Vall. cons. 43. nu. 15. vol. 2. & cons. 54. nu. 4. vol 3. Menoch. cons. 111. nu. 13. & cons. 69. nu. 57.* Imperfectum verò id dicitur, quod crescere & cui accedere aliquid potest, *Bald. in tract. Schism. in ultim. col. quem refert Crotus cons. 77. n. 6. Roland. à Vall. cons. 55. nu. 8. vol. 4. Rimin. jun. cons. 335. nu. 52.* Hinc itaq; in simili respondit Wesenbecius *cons. 11. n. 35. vol. 1.* quod
17 si renunciantes † promisissent renunciare judicialiter coram Magistratu, & solenniter in jure cedere, priusquam hoc fiat, contractus non sit perfectus: Ex quo conventum fuit, ut coram judice solennizaretur. Et in terminis renunciationis idem sensit Decian. *cons. 36. per tot. vol. 2.* pluribus id firmans rationibus per easdem quoq; rationes, consuluit Cephal. *cons. 312. num. 103.*
18 *lib. 3.* Eo ipso † quod dicitur de approbandis pactis vel faciendis alio tempore argui, partes de præsenti non habuisse ea pro perfectis & stabilitis, sed imperfectis & suspensis. Quorum certè Doctorum in terminis nostris loquentium autoritas meritò omnem dubitationem tollere debet.

Estq; in proposito nostro diligenter animadvertendum, judicialem istam donationem non majoris probationis causâ, sed in eum finem requisitam fuisse, ut ista ordinatio, donatio aut concessio firmiter perpetuò & inviolabiliter servaretur. Nec dicitur, contractum hunc tantùm Magistratui insinuandum esse, sed partes ipsas hanc (de qua in superioribus actum fuit) donationem coram Magistratu (Krefftiglich/firmiter) facere debere. Hæc enim verba manifestè ostendunt, ipsam substantiam contractus eò dilatam, neq; hoc probationis tantùm causâ, sed potiùs ad substantiam & validitatẽ actus requisitum fuisse: Quemadmodum hoc potissimùm arguit vocabulum (Krefftiglich/firmiter) unde in aperto est, paciscentes ipsos hanc conventionem pro perfecta & firma non habuisse, sed quod eam coram Magistratu deniq; firmiter inire & complere voluerint: Tum quia si hæc conventio in se perfecta & valida fuisset, frustrà de illa coram Præfecto perficienda egissent, *argum. l. qui bis idem. de verb. oblig.* Cum tamen partes nunquam præsumantur facere actum frustratorium, *l. non solùm. de action. & obligat.* Tum etiam, quia illam, quæ coram Præfecto fieri debebat, validam appellando, hanc pro minus valida habuerunt, cum inclusio unius, sit exclusio alterius, *l. cum Prætor. de judic.*

Tum † deniq;, quia qui promittit 19
in futurum facere, præsumitur nolle facere in præsenti, *ut not. in l. cum lex. de legat. not. gloss. & Bald. in l. servi electione. de legat. 1.* Nam tempus futurum ad præsens non trahitur, nec in præsenti verificatur, *l. cedere diem junct. gl. de verb. signif.* (a) & † tempus certo (a)
modo determinatum alterius temporis determinationem non recipit, *l. usufructus mihi. de usufr. legat. Bald. in c. licet. de supplend. neglig. Prælat. Jas. in auth. quæ supplicatio. col. 2. C. de prec. Imp. offer.* Quibus rationibus in simili utitur Decian. *d. cons. 36. vol. 3.* Cum itaq; tàm ex conclusione hujus conventionis, quàm etiam ex aliis verbis jam consideratis manifestum sit, contrahentes illam pro perfectâ non habuisse, consectarium omninò est, illam pro perfectâ reputari nullo modo posse. Nam sicut in aliis dispositionibus, ita & in contractibus mens & voluntas contrahentium potissimùm attendenda, *l. fin. C. quæ res pign. oblig. poss. l. Blanditus. C. de fidej.* Et in specie, quod hoc,

21 utrum † contractus perfectus sit necne, ex voluntate contrahentium potissimùm sumendum sit, docuit *Bart. in l. contract. C. de fid. instr. & alij suprà citati.*

Confirmatur hæc sententia non parum ex eo, quod ferè à maxima Interpp. parte receptum est, quando in contractu dictum fuit à contrahenti-
22 bus, de eo † conficiendum esse instrumentum, quod tum priusquam id conficiatur, contractus pro perfecto non habeatur, neq; etiam ex eo agi possit, *ut post Azon. sensisse videtur gl. in l. contract. verb. in scriptis. C. de fid. instr. & clarius Paul. de Castr. ibi. n. 1. in fin. & n. 9. & in l. cum res. C. de probat. & cons. 241. vol. 1. Specul. in tit. de empt. & vend. §. 1. vers. sed si dictum sit. Jas. in l. quibus idem. n. 4. de verbor. oblig. & cons. 161. vol. 2. ubi sententiam hanc veriorem & magis communem dicit Fulgos. cons. 200. col. fin. Aretin. cons. 159. in secundo dubio,* ubi licet in contrariam sententiam consuluerit, nititur tamē potissimùm certis verbis contrahentium, atq; interim admittit, si absq; his fuisset, veriorem esse sententiam Azon. *Idem tenuit Socin. sen cons. 169. n. 8. & 9. vol. 2. cons. 120. n. 17. vol. 4. Decius cons. 11. col. 2. vers. comprobatur hoc efficaciter. & cons. 119. n. 5. Ruin. cons. 1. nu. 10. vol. 3. Boër. decis. 48. n. 18 & decis. 83. n. 4. 9. 10. Afflict decis. 39 nu. 4. Natt. cons. 157. n. 1. Gomes. variar. resolut. 2. c. 2 n. 17. ubi hoc communiter receptum esse asserit. Idq; post eum testatur etiam Soarez. recept. sentent. verb. Scriptura. n. 20. Idem secutus est Cephal. cons. 66. num. 18. & seq. Cels. Hugo. cons. 67. nu. 13. Decian cons. 36. vol. 2. Rimin. jun. cons. 24. n. 18. & cons. 51. nu. 18. & seqq. Marcabrun. ab Anguill. cons. 20. nu. 21. Joan. Vincent. cons. 52. nu. 20. qui etiam hanc sententiam communi Interpp.*
(b) *calculo approbatam esse profitetur.* (b)

Pertinet huc etiam communis Interpp. doctrina, quâ traditur, si testator voluerit de testamento suo confici instrumentum, quod tum ultima ejus voluntas minus perfecta, sed suspensa intelligatur, donec † instrumen- 23
tum confectum fuerit, *ut firmat. Oldr. cons. 119. Jas. cons. 196. vol. 2. & cons. 8. vol. 3. Decius cons. 159. Paris. cons. 146. col. 2. vol. 4. Socin. jun. cons. 189. nu. 9. vol. 2. Natt. cons. 28. n. 146. Rimin. jun. cons. 51. nu. 10. & complures alij citati à Gabriel de testam. conclus. 9. n. 3.* (c) (c)

Quod in nostro casu tantò magis obtinet, cum paciscentes de donatione coram Magistratu faciēda egerint, antequam contractus inter ipsos perfectus fuit & absolutus.

Nam quod † ad hoc, ut contractus 24
pro perfecto habeatur, vel minus, plurimum referat, utrum post perfectum contractum, an verò in ipso contractu aliquid in futurum tempus reservatū fuerit, *post Spec. sensit Socin. sen. d. cons. 120. n. 17. vol. 4. & clarius explicat Rimin. jun. cons. 112. n. 150. & Gomez. in d. loco. tom. 2. c. 2. nu. 17. Joan. Vincent. d. cons. 52. n. 22.* Præterea ipse actus donationis atq; ita ipsa contractus substantia usq; dum partes coram Magistratu se sisterent, dilata est, idq; in eum finem, ut ea firma & valida sit, & inviolabilior in perpetuum servetur, atq; ita ad ipsam substantiam & validitatem hujus contractus hoc requiritur. Nullus itaq; dubitationi locus relictus videtur, contractum istum tempore primæ conventionis nondum perfectum nec absolutum, sed coram Magistratu demum perficiendum fuisse.

Nam etiam † illi, qui opinionem 25
priorem tenent, concludunt, si id, quod in futurum tempus collatum est, ipsam contractus substantiam sive validitatem respiciat, quod tum contractus pro perfecto non habeatur, priusquam id secutum fuerit, *quemadmodum apparet ex not. Dd. in d. l. contract. ubi Salicet. n. 5. C. de fid. instr. & aliis locis suprà pro contraria opinione citatis,* ut ita, quoad hoc res extra omnem dubitationem posita sit.

Inprimis v. ponderandum hîc etiam illud est, non tantùm jure Saxon. bona

immo-

immobilia extra judicium donari aut concedi non posse, ut probatur *in Spec. Saxon. lib. 1. artic. 52. & tradit autor. different. lib. 1. diff. 4.* Verum etiam in tota ea regione, in qua conventio ista inita & bona sita sunt, ita moribus receptum esse, ut ejusmodi donationes coram Magistratu loci fiant. Ex hoc ipso enim tantò magis existimandum est, conventionem istam ob defectum hujus requisiti perfectam non esse: Cum et-
26 jam illi, † qui existimarunt, propter instrumentum conficiendum contractum pro imperfecto non habendum esse: hanc tamen eorum opinionem restringant, ut locum non habeat, quoties de consuetudine ad contractus validitatem aliquid adhiberi solet, concedentes hoc casu, contrahentes, quando id in futurum tempus reservant, contractum minimè pro perfecto habuisse, cum censeantur sese cum consuetudine illius loci conformare voluisse, *arg. l. quod si nolit. §. qui assidua. de ædilit. edict. & l. hæredes mei. §. cum ita ad Trebell. ut declarat. Salicet. in d. l. contractus. num. 5. ibi idem dico si contractus sit de his, quæ ad sui validitatem requirunt Scripturam, vel de jure communi vel consuetudinario C. de fid. instrum. Idq; post alios, quos refert, sequitur, & hanc distinctionem veriorem & magis communem esse dicit Decian. d. cons. 64. num. 21. vol 2. hoc modo conciliando opiniones invicem pugnantes. Idem sensit Marcabrun. ab Anguill. d. cons. 20. num. 13. & Joan. Vincent. cons. 52. num. 23.*

Quinimò ex hoc ipso, quod solennitas ista observata non fuit, contractus planè nullus & invalidus censeri potest. Solennitas enim à consuetudine requisita censetur esse substantialis, *ut docet Bald. in l. comparatione. col 3. de fid. instrum. Dec. cons. 10. n. 2. & cons. 222. nu. 4.* & propterea illa non observata, contractus per se nullus est, *ut multis firmat Rom. cons. 236. n. 8. Anchor. cons. 36. Alex. cons. 137. n. 15. vol. 2. Rimin. sen cons. 80. n. 5. Dec. cons. 11. col. 6. Beccius cons. 66. n. 10. & 11.*

Quod si conventionem hanc vero nomine indigitare voluerimus, nihil ea aliud est, quàm tractatus & conventio præcedens, quomodo & quatenus reciproca donatio istorum bonorum in casum alterutrius lineæ deficientis in futurum coram Magistratu fieri debeat, atq; ita pactum de contrahendo.

Tantò itaque minus pro perfecto contractu haberi aut actoribus quicquam juris inde competere poterit.

Pactum enim † de donando sive contrahendo plurimum differt ab ipsa donatione vel contractu, nec donationem inducit, ut docet *Bart. in l. jurisgentium. de pact. & in l. in bonæ fidei. ibi Bald. Castrens. & Jas. de eo quod cert. loc. Angel. in l. 1. C. de pact. pign. Alex. cons. 72. num. 5. vol. 2. Jas. in l. quoties. num. 34. C. de rei vendic.* 27

Ideoq; etiam ex ejusmodi pacto ad rem ipsam, super qua cõtractus ineundus erat, nullum jus, neque actionem quis consequitur, neque adeò agendo illam petere potest, *ut tradit Bald. in l. fin. C. de pact. int. empt. & vend. Aretin. cons. 28. col. 1. Alex. cons. 212 num. 18. vol. 6. Corneus cons. 256. nu. 9 vol. 4. Decius in l. cum fundus. §. servum. num. 4. si cert. petat. & cons. 502. n. 7. Cephal. cons. 66. num. 20. Riminald. jun. Instit. de donat. §. 1. num. 61. & cons. 52. n. 13.* (d) (d)

Quibus in locis concludunt, quod ex pacto de vendendo quis ad rem ipsam tradendam agere non possit. Neque sanè mirum, Nam cum de contrahendo tantum conventum, ipse verò contractus perfectus minimè fuerit, ex imperfecto contractu nullum jus, neq; ad rem ipsam consequendam actio oriri potuit. Quod enim † imperfectum est, pro nullo habetur, *gl. pen. c. tua. de Cleric. non resid.* neq; obligationem, neque ullum alium effectum producit, *l. hac consultissima. ex imperfecto. C. de test. c. dubia. & ibi Panorm. de convers. conjug. Jas. in l. si quis cum aliter. num. 3. de verbor. oblig. Wesenbec. cons. 12. num. 41. & cons. 15. num. 4. vol. 1.* 28

Et quamvis aliàs ejusmodi pacta de contrahendo saltem eatenus obligent,
29 ut contrahere aut Interesse † præstare teneatur, *ut docet Dec. in d. §. servum tuum. l. cum fundum. si cert. petat. & aliis in*
(e) *locis citatis.* (e)

Unde videri possit, hæredes nostros paciscentes adhuc obligatos esse, & cogi posse ad perficiendam coram Magistratu donationem aut præstandum Interesse, cum contrahentes stipulata manu & ore promiserint, sese omnia in pacto illo contenta impleturos. Ex quibus saltem pactum ipsum de contrahendo pro perfecto & absoluto haberi queat, ut in casu simili sensit Decius *d. cons. 340. & Cephal. cons. 66.*

Neq; obstat, quod Paul. de Castr. & qui eum sequuntur, existimarunt, in ejusmodi casu, quando aliquid in futurum tempus collatum est, contrahentes pro libitu pœnitere posse, priusquam contractus perficiatur. Loquuntur enim illi eâ de specie, in qua partes de contrahendo nihil convenerunt, sed contractu in aliud tempus dilato in nudis terminis tractatus permanserunt. At quando de contrahendo conventio inter partes inita fuit, tùm certè amplius pœnitere non licet, sed ad contrahendum vel saltem ad præstandum Interesse quilibet obligatus est, ut uno ore tradunt omnes in locis citatis. Non igitur hac de causa Decius reprehendi meruit à *Rimin. jun. d. cons. 21. n. 51.* Attamen petitio libelli, quem actores obtulerunt, eò directa non erat, ut donatio aut impleretur, aut Interesse præstaretur, sed quasi conventio planè perfecta esset, bona ipsa sibi adjudicari petebant. Cum tamen satis jam probatum sit, ex pacto de contrahendo non posse peti rem, quæ in contractum deduci debuerat per jura paulò antè citata.

Quamobrem petitio per se nulla & inepta est, ideoq; rejicienda.

30 Cum † libellus ineptus & processus desuper institutus ipso jure nullus sit, *c. examinata. de judic. glos. in l. 1. de offic. assessor. & in §. 1. vers. secundum instit. de oblig.*

Et propterea judex ejusmodi libellum statim rejicere debeat, *ut docet Jas. in d. l. 1. num. 4. de offic. assess. Curt. jun. cons. 163. n. 2. cum aliis adductis à D. Gail. lib. 1. observat. 66.*

Nec verò etiam obtinerent Actores, etiamsi mutato libello ad implendum pactum agerent. Conventum enim fuit inter partes, donationem illam quamprimum ac quanto ejus coram Magistratu fieri debere. Atqui jam 30. anni & quod excedit, elapsi sunt, nec quicquam interim factum est, quamobrem ex hac ipsa temporis diuturnitate jura præsumunt, paciscentes mutuo dissensu † ab hac conven- 31
tione recessisse, eamq; planè evanuisse, *ut tradit Socin. sen. cons. 169. num. 8. & 9. vol. 2. & cons. 120. num. 16. vol. 4.* cum præsertim hîc tantum temporis spacium præterlapsum fuerit, ut etiam, quæ ex pacto de contrahendo nasci potuit actio, tempore sublata fuerit. Nam triginta annorum spacio omnis expirat actio, *l. 3. C. de præscript. 30. annor.*

In facto præterea præsupponitur, possessorem bonorum, qui cum patre actorum pactum illud iniverat, sæpè institisse & ursisse alteram partem, ut contractus coram Magistratu perficeretur, impetrare tamen id nunquam potuisse. Non itaque amplius in ea conventione sese fundare, aut ex ea agere poterunt hæredes, sed imputent patri suo, quod in mora perficiendi contractus fuerit.

Non enim quis potest † agere ex 32
contractu, quem pro sua parte adimplere recusavit, *ut est text. & ibi not. Bart. Salicet. & Dd. in l. Julianus. §. offerri de action. empt. & in l. cum proponas. C. de pactis. Bart. in l. quaro. §. inter locatorem. vers. & generaliter. locat. Bald. in l. pacta conventa. in princ. de pact. Alex. cons. 49. num. 4. vol. 2 Corn. cons. 208. num. 33. vol. 2. Socin. sen. cons. 26. col. 2. vol. 3. Jas. cons. 216 num.*

num. 1. vol. 2. Nam qui non facit, quod debet, non recipit, quod oportet, *gl. l. si non fuerit. de jurejur. l. si verò emptione. §. Item si emptor. de contrah. empt. c. frustrà. de regul. jur. in 6. l. ædiles. in fin. de ædilit. edict. not. Bald. in c. 1. n. 9. qualit. domin. propr. feud. priv. Jas. consil. 4. in princ. vol. 3.* Nec juvaret hodiernos actores, si se adhuc ad implendam conventionem offerrent, cum bona jamdudum testamento ad alium translata sint, & plane alia nunc rerum sit conditio atq; tunc fuit.

33 Nam cum † parentes actorum semel in mora constituti fuerint, istam purgare amplius non possent, postquam res integra esse desiit, *ut probatur in l. mancipiorum. de optio. legat. per quem text. hoc tradunt Dd. in l. si insulam. num. 38. de verb. oblig.*

Quinimò etiamsi planè perfecta & absoluta esset conventio, si tamen altera pars non implesset, id ad quod vigore contractus tenebatur, nempe reciprocam donationem bonorum suorum coram Magistratu facere, nihil amplius ex ea petere posset, cum ut dictum est, ex contractu, quem pro sua parte non admiserit, quis agere non possit per jura citata. Multò itaq; minus ullum agendi jus inde competere poterit, postquam abundè probatum fuit, hanc conventionem pro perfecta minimè habendam esse. De eo quoq; non obscurè constat, etiam post conventionem istam varia inter partes incidisse, ex quibus cognosci potuerit, neutri illa conventione plenè satisfactum esse, ita ut tacitis quibusdam simultatibus sese prosequendo ab hoc contractu sponte recessisse videri possint. Quod à jure alienum non est.

34 Nam † sicuti ejusmodi transactiones mutuo consensu contrahuntur, ita etiam mutuo dissensu dissolvuntur, *l. si diversa. ubi not. Dd. C. de transact. l. cum empti. §. 1. de rescind. vendit. cum similib.* Variæ etiam mutationes intra tam longum temporis spacium tàm in bonis quàm in personis contigerunt, ita ut nunc planè alia sit rerum facies. Atqui etiam perfecti contractus insinuatio fieri non potest, quando per mortem contrahentium res desiit esse integra, *ut firmat Aret. cons. 123. vol. 1. Corn. cons. 71. n. 11. vol. 2. & Becc. cons. 66.* multò itaq; minus contractus imperfectus post obitum contrahentium perfici poterit. (*f*) (*f*)

Quæ pro fundanda hac sententia hactenus adduximus, ex iisdem ad cōtraria facilè responderi potest. Etsi enim ejusmodi contractus solo consensu perfici soleant: hoc tamen causam formalem contractus respicit; ad perfectionem autem contractus non causa tantùm formalis, sed & materialis consideranda est, cum † perfectio cujuscunq; actus consistat in conjunctione omnium causarum, *not. Bart. in proœm. ff. & Dd. in proœm. decret. & in c. tua. nos. de spons. Dec. d. cons. 63. n. 12. vol. 3.* 35

Videndum itaq; erit, in quo consenserint contrahentes. Jam verò abundè demonstratum est, eos in hoc consensisse, ut id, de quo tunc temporis convenerant, coram Magistratu perageretur; atq; ibi donatio firmiter fieret. Non itaq; per hunc consensum conventio ista extra limites suos extendi, neq; ulterius pro firma haberi potest, quàm quo ad pactum de contrahendo coram Præfecto.

Forma enim † sine materia esse nequit, ideoq; etiam ex illa interpretationem recipit, *l. si convenerit. § si quis. de pig. act. l. is qui ad l. Falcid. c. tua de sponsalib.* Sic etsi verum sit, ex voluntate contrahentium de contractus perfectione dijudicandum esse: ad † voluntatem tamen hanc deprehendendam non tantùm aliqua verba inspicienda sunt, *l. incivile de legib.* Sed totus contextus præcipuè verò conclusio contractus. Quo facto facilè apparet, paciscentes conventionem istam aliter pro perfecta non habuisse, quàm ut id, de quo convenerant, coram Magistratu perageretur, per ea, quæ hactenus fuerunt deducta. 36 37

Potiùs

Potiùs igitur argumentum hoc sententiam nostram confirmat.

Nec morantur verba (Jetzo und fortan / nunc & in posterum) quia enim invicem promiserunt, quamprimum coram Præfecto comparere, non ineptè præsens etiam tempus considerarunt, & operatur id satis in eo, quod jam tunc ex illa conventione obligati sint, donationem coram Magistratu perficere, ad id autem quod ipsimet contrahentes in futurum tempus distulerunt, referri non potest.

38 Cum alioqui † sibimetipsis essent contrarii, quod minimè admittendum, *l. non ad ea. de condit. & demonstrat.* & in simili, quod verba præsens tempus denotantia pariant duntaxat pactum de contrahendo, sensit Cephal. *d. cons. 66. num. 21.* Sic etiam obligationem bonorum factam pro observatione eorum, de quibus conventum fuerat, ad contractum demum in futurum perficiendum, refert *Riminald jun. cons. 29. n. 22. & 23.*

Porrectio manuum & appositio sigillorum etiam ad formam contractus pertinent, & ad declarandum consensum non itaq; ulterius se extendere poterunt, quàm consensus ipse importat. Eodem igitur modo ad illas duas considerationes responderi potest, sicuti paulò antè de consensu dictum fuit.

Eodem modo ne consideratio obligationis & pœnitentiæ cessantis plus operari potest, quàm consensus ipse, sed quemadmodum consensus eò tantùm spectat, quod donatio coram Magistratu fieri debeat, ita nec obligatio inde resultans aliquid amplius continere potest.

39 Effectus † enim ex causa sua interpretationem recipit, neque ultra illam vires potest porrigere, *l. 1. in princip. & ibi not. Angel. de just. & jur. l. sed & si quis. §. interdictum. de usufruct. cum simil.*

Nihil itaq; restat, nisi obligatio ad contrahendum, quæ ejus efficaciæ non est, ut propterea res in contractum deducenda peti possit, ut paulò antè firmavimus.

Quod de insinuatione additum est, verum esset, si in iis terminis hic versaremur, atqui contrahentes non de insinuatione tantùm, verùm etiam de ipso actu donandi loquuntur & contractus ex conventione legem accipiunt, *l. 1. §. si conveniunt. l. contractus de reg. jur.* accedente præsertim consuetudine regionis & aliis suprà consideratis. Ex quibus ipsis etiam nequaquam concedi potest, quod præterea allatum est, insinuationem hanc ad majorem cautelam fieri debuisse, cum hæc solennitas de consuetudine necessariò requiratur, quod autem est consuetudinarium, non est arbitrarium, *ut ait Bald. in l. quicunq. C. de serv. fugit. quem refert Natt. cons. 577.* Nec mirum, cum consuetudo sit ejusdem potentiæ, cujus est lex, *ut inquit idem Bald. in l. 1. col. 14. C. de summ. Trinit. Socin. jun. cons. 54. num. 11. vol. 1. Rimin. jun. cons. 292. num. 15. & seq.*

Quinimò à contrahentibus (ut suprà ostensum est) ipsa contractus substantia eò delata sit. Et doctrinæ superius citatæ tunc demum procedunt, quando aliàs actus per se perfectus est, & plenè consistit, quando autem suprema manus nondum accessit, sicuti in proposito satis ostensum fuit, contractum hunc ad ipsam donationem sive successionis conventionem quod attinet, minus perfectum esse, locus fit regulæ, quæ ait: Actum imperfectum haberi pro nullo, neq; ullum producere effectum, sive is majoris cautelæ gratiâ sive aliam ob causam additus fuerit per jura suprà adducta.

Ad opinionem, secundum quam contractus pro perfecto habetur, licet de instrumento conficiendo dictum fuerit, suprà abundè responsum est. Primò enim ostendimus, quàm plurimos contrarium asserere, idque communiter receptum testari, ut apparet ex lo-

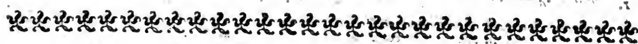
ex locis citatis. Deinde posito, priorem opinionem veriorem & receptiorem esse, de quo tamen adhuc sub judice lis est, multi tamen eam ipsam restringunt ad eum tantùm casum,
40 quando post contractum † perfectum de instrumento conficiendo dictum fuit, secus verò quando, ut in proposito, in ipso contractu de eo actum est, ut post Speculat. sensit *Socin. sen. d. cons. 120. n. 17. vol. 4. & Anton. Gomes. var. resol. tom. 2. c. 2. n. 12. & alii suprà allegati.*

Quid? quod prioris sententiæ assertores potissimùm considerant, quod aliàs regulariter instrumenta ad probationem tantùm requiri soleant, ut proinde mirum non sit, istud contractus perfectionem non impedire, atq; interim admittunt, ubi instrumentum ad validitatem contractus requiritur, tum contractum propterea pro imperfecto haberi.

Donationis autem, quæ coram Magistratu fieri debet & solet, longè est alia ratio, id enim non tantùm ad probationem requiritur, verùm etiam ad validitatem actus, non itaq; huc pertinet ea opinio.

Denique declaratur illa, ut locum non habeat, quando instrumentum ex consuetudine ad contractum requiritur, & jam suprà ostensum est, ex more regionis, in qua conventio illa inita est, ejusmodi contractus semper coram Magistratu fieri solere ac debere. Versamur itaq; hîc in terminis hujus limitationis, ut pluribus suprà firmatum fuit.

Cætera, quæ in contrariam sententiam allata sunt, ex iis, quæ hactenus diximus, sua sponte corruunt, non est itaque, quod iis refellendis diutius inhæreamus. (g) (g)



ADDITIO
Simonis Ulrici Pistoris, Hartm. F.

(a) Adde quod actus in futurum collatus de præsenti fieri dici non possit *l. eum qui Calendis. l. continuus. §. nam quis l. si stipulatus §. cum stipulamur. ubi Castrens. n. 1. de verbor. obligat. l. Aurelius § testamento. de lib. leg. l. 15. damnum. §. ult. de reg. jur. l. un. §. sin autem. C. de caduc. toll. gl. in c in Christo. verb. erimus. de consecr. dist. 2.* & verba futuri temporis regulariter nihil disponunt, *l. non omnis. si cert. petat. l. Titia cum testamento. de leg. 2. Bald. in l. verbum. nu. 1. C. de fideicomm.*

(b) Adde omninò & vide de hoc *Mascard. de prob. conclus. 435. Dominic. Magdal. Capis. de num. test. in testam. adhib part. 2 cap. 2. n. 14. Mynsing. cons. 45. nu. 13. 14. Anton. Thesaur. decis. 197. Andr. Fach. lib. 2. cont. c. 97. Bertazol. de clausul. instrum. cl. 30. gl. 3. num. 10. & seq. Camil. Borell. cons. 55. num. 3. Marchisell. quæst. 76. Cevallos. com. opin. quæst. 90. 91. Petr. Aug. Morlam. in Empor. jur. tit. 11. n. 6.* Et sententiam Castrens. contra alios prolixè defendit *Joan. Baptist. Ladrech. cons. 84. num. 9. cum seq.* qui videndus.

(c) Vide *Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 5. vers. quartus est modus. & D. Petr. Gilkenium in d. l. contractus.*

(d) Adde fusiss. *Petr. Anton. à Petra de fideicomm. quæst. 8. num. 136. cum seqq. Thesaur. decis. 233. Fr. Vivium decis. 329. & 507. Bertazol. de clausulis instrum. cl. 27. glos. 9. num. 4. Joan. Marc. Aquilin. in Rubric. de verbor. obligat. num. 57. cum seqq. Marchisell. quæst. 28. num. 2. & seqq.*

Tiraq.

(e) Tiraq. de retract. part. 2. gl. 2. num. 54. Petr. d. l. n. 137. Achil. Pedroch. cons. singulor. num. 54. cum seqq.

(f) Adde pulcram decisionem Mynsingeri cons. 50. n. 27. ubi docet, si contrahentes per 20. ann. contractum imperfectum reliquerunt, quod tunc ejus præsumantur obliti, nec tenerentur ad perfectionem ejus.

(g) Secundum hanc, quam Parens tuetur sententiam, in summo quodam dicasterio fuit judicatum, & hæres institutus ab impetitione actorum in contractu isto sese fundantium absolutus.



QUÆSTIO XXVIII.

TESTAMENTUM NON ADHIBITIS TESTIBUS DOMI SCRIPTUM, ET per epistolam à testatore absente actis insinuatum non valere: licet aliàs testamentum apud acta conditum, neque testes neque alias solennitates requirat.

SUMMARIA.

1. *Testamentum sine septem testibus non valet, nec quoad legata ad pias causas. Fall. in testamento condito coram actis num. 4. dummodò constet, testamentum coram actis factum esse. n. 5.*
2. *Legata ad pias causas nullam juris civilis solennitatem desiderant; sed valent jure gentium.*
3. *Testamentum nullum valet etiam inter privilegiatos, in quo tamen ad minimum duo testes intervenerint.*
5. *Testamentum coram actis conditum esse quomodo probetur.*
6. *Testes videre debent testatorem.*
Testamentum apud acta conditum nullas requirit solennitates secundum Vasq. sed contrarium verius nu. 18. cum declaratione n. 20.
7. *Testamentum per preces Principi oblatas validatur sine aliis testibus, declaratur n. 21. dummodò id fiat ab ipso testatore, n. 25.*
8. *Verba dispositionis cui conveniunt, convenit ipsa dispositio.*
9. *Testamenta conservans opinio in dubio tenenda, declaratur tripliciter, n. 27.*
10. *Æquiparatorum æquiparata est ratio.*
11. *Testatoris coram actis qualis præsentia requiratur.*
12. *Verbum Publicare, quid significet in l. omnium. C. de testament.*
13. *Causa scientiæ potißimum in teste inspicitur; præsertim in deponentibus de auditu.*
Exemplum majorem fidem facere quàm originale.
14. *Solennitates in testamentis requisitæ non tàm chartam ipsam quàm testatorem & voluntatem ejus declaratam respiciunt, n. 15. ideoq; tempore declarationis potissimùm adhibendæ, n. 17.*
15. *Testes scire ea, quæ in scriptura testamenti continentur, necesse non est, sed sufficit, si videant scripturam, ad quam se refert testator.*
16. *Testamenti substantia est voluntas testatoris.*
17. *Testamentum conditum esse, duobus testibus probari potest.*
Voluntas autem testatoris contenta, non nisi septem testibus probatur.
19. *Dispensatio facta circa unum defectum non extenditur ad alium.*
22. *Doctori nihil allegantí non creditur.*
23. *Communis opinio sine fundamento legis parum valet.*
24. *Sententia illa prævalet, quæ meliores rationes allegat.*
25. *L. Omnium. C. de testam. contra Fulgos. declarata.*
26. *Statutorum verba strictè accipienda: & casus omissus censetur relictus dispositioni juris communis.*

Quidam

(a) QUidam cum manu suâ (a) ultimam voluntatem absque testibus confecisset, epistola ad Senatum civitatis illius conscripta, hanc suam esse ultimam voluntatem testatus fuerat, atq; petierat, ut illa apud acta deponeretur, cumq; hoc ita factum esset, fuit quæsitum, utrum ejusmodi testamentum jure subsisteret. Erat autem testamentum istud inter eas personas confectum, inter quas prætermissis solennitatibus juris civilis alioqui testari non licet, dubium igitur non est, scripturam hanc, quæ testibus destituitur, testamenti robur minimè obtinere.

1 Ad testamenti † enim solennis confectionem septem testes requiruntur, qui si non fuerint adhibiti, sola scriptura ejus momenti esse non potest, ut testamenti nomen mereatur, §. *sed cum paulatim. instit. de testament. l. hæredes palam. ff. eod. l. hac consultissima. l. si unus. C. eod. tit. de testament. c. cum esses. extr. eod.* Id quod usq; adeò locum habet, ut nec etiam legata ad pias causas peti possint ex scriptura, cui nulli prorsus testes fuerunt adhibiti, *ut docet Bald. in auth. quod sine. in princ. C. de testament. Alex. cons. 76. col. ultim. vol. 13. Marian. Socin. cons. 189. nu. 74. vol. 2. Covarr. in c. relatum 1. nu. 12. de testament. cum similib. à me adductis. lib. 1. quæst. 2. n. 4.*

2 Quantumvis † alioqui ad pias causas relicta nullam juris civilis solennitatem desiderent, sed ea intervenisse sufficiat, quæ gentium jure probationis vim habent, *c. cum esses. c. relatum. ubi hoc not. Dd. ext. de testament. Corneus cons. 215. videtur lib 2. & consil. 160. minimè. lib. 3. Decius cons. 159. & cons. 610. cum simil. latè adductis per Vasquium de success. creat. lib. 3. §. 22. n. 1. & seqq.*

3 Quinimò nullum † testamentum, quantumvis conditum à persona privilegiata, vel inter personas privilegiatas, valere, nisi ad minimum duo testes intervenerint: generaliter ait *Jas. cons. 184. in fin. vol. 2. quod refert Marian. Socin. consil. 189. n. 64. vol. 2.* de quo tamen quatenus procedat in testamento inter liberos, videnda sunt ea, quæ congessi *lib. 1. quæst. 1.*

Omnis † itaque inspectio in eo erit, 4
an testamentum hoc veluti coram actis confectum subsistat secundum dispositionem, *l. omnium. C. de testament.* Nam etsi non desint, qui etiam in testamento coram actis condito testes descriptos esse requirant, aliis duos, aliis plures desiderantibus, *ut post glo. sensit Bart. Bald. Ang. Salic. & Alex. in d. l. omnium. Guilelm. Benedict. in c. Raynutius. in verb. testamentum. 1. nu. 19. extr. de testament. quorum opinionem communem dicit Marian. Socin. cons. 138. num. 10. vol. 1. quem refert Didacus in Rubric. de testament. part. 2. num. 2. Julius Clarus lib. 3. sententiarum. §. testamentum. quæst. 56. nu. 7.* contra tamen alii existimârunt, testes in testamento coram actis condito minimè necessarios esse, *ut tenuit Fulgos. Paul. de Castr. & Corneus in d. l. omnium. & latè defendit Jas.* quorum sententia verbis *d. l. omnium. & l. sancimus, ibi inter acta manifestavit. C. eod. tit.* magis convenit, ex quo eam longè veriorem esse modò aliàs de veritate rei appareat, dixit *Vasq. de success. creat. part. 1. lib. 3. §. 24. nu. 7. & latiss. disputando Riminald. in §. 1. à nu. 887. usq. ad num. 941. edit. noviss. Instit. de donat.* ideoque etiam Constitutionibus provincialib. meritò est approbata, *constit. 3. part. 3.* Et tandem apud Hispanos lege regia confirmatam esse, ait Didacus in loco paulò antè adducto, (b) Ut (b)
proinde huic ultimæ voluntati, de qua verba facimus, siquidem ea pro testamento coram actis condito reputanda esset, nihil obstaret, quod nulli intervenerint testes.

Est tamen † hoc quod testes ad testa- 5
mentum coram actis condendum minimè necessarios esse diximus, ita accipiendum, si alioqui constet, vel doceri posset, testamentum coram actis confectum esse, ad quod etiam hoc sufficere exi-

re existimat Fulg. *in d. l. omn. n. 3.* quando ex Archivo publico produceretur testamentum subscriptum à Notario judicii testante testamentum hoc à testatore actis oblatum esse. Quod si v. de eo dubitaretur, tum omninò necesse esset testib. qui tempore testamenti oblati præsentes fuerunt, probare testamentum coram actis conditum vel oblatum esse, atq; hi quidem testes non tam ad solennitatem, & ut necesse sit eos in testamento describi, quàm ad solam probationem requiruntur, ita declarat Fulgos. *in d. l. omnium.* Et sensit etiam Bald. *in princ.* Et Corneus ibi. Item Vasquius *de success. creat. part 1. lib. 3. §. 24. n. 8.* ubi ait, quod licet in reliquis testamentis testes desiderentur pro forma ipsius testamenti, tamen in hoc testamento non desiderantur, nisi tantùm pro probatione, unde si quovis alio legitimo modo testamenti factio probetur, id sufficit. Et licet subjungat, hanc esse novam conclusionem & declarationem, tamen idem ante ipsum docuit Fulgos. *in d. loco.* Sed quæstionem in proposita facti specie potissimùm movet, cum testamentum istud non coram actis confectum, sed literis judici sit transmissum, an pro eo haberi debeat, ac si apud acta conditum esset. Et prima quidem fronte affirmativam sententiam persuadere alicui posset. Quod etsi regulariter in testamentis solennibus necesse sit, ut testator ultimam suam voluntatem coram testibus voce sua declaret, *l. hac consultissima. in princ. ibi dum tamen testibus præsentibus testator suum esse testamentum dixerit. & in l. jubemus. C. de testament. l. hac consultissima. §. at cum humana. C. qui testament. fac. possunt.*

6 Item † quod illi, qui de ultima voluntate testimonium perhibere volunt, testatorem in conspectu habuerint, *l. si non speciali. l. si unus. C. eod. tit. de testament. Corn. cons. 18 incip. principale dubium. vol. 2. Decius cons. 354. incip. in casu proposito.* Has tamen atq; alias id genus solennitates in testamento coram actis condendo minimè necessarias esse, disertè asserit Vasquius *de success. creat. lib. 2. § 14. nu. 25. & §. 17. n. 55.* addens insuper ejusmodi testamentum veluti informe (ut ipse appellat) esse relictum in terminis jurisgentium, atq; præter legitimam probationem nullam aliam solennitatem requirere, legitimam verò probationem eam esse ait, quæ alioqui in actibus inter vivos idonea est, idq; multis in locis repetit, & tanquam novum & utile extollit, *ut in d. lib. 1. §. 2 num. 54. & n. 66. & in §. 14. n. 77. & n. 122. & in lib. 3. §. 24. n. 7.* ubi ait, communem opinionem esse, quod in testamento facto apud acta judicis, relaxetur solennitas juris civilis. Cum igitur in hoc testamento non necesse sit, ut testator in conspectu testium voce sua ultimam voluntatem declaret, sed quævis legitima probatio sufficiat, videtur quod etiam absens per alium ultimam voluntatem suam actis manifestare possit. Quin enim literæ manu alicujus scriptæ in actibus inter vivos probationis vim obtineant, non est ambigendum. Et quod perinde sit, utrum in ejusmodi testamento quis voce viva an verò literis mentis suæ sententiam explicet, multis ostendit Vasquius *lib. 2. §. 15. num. 55.*

7 Deinde hæc opinio † magis in specie probatur doctrina Alex *in d. l. omnium ubi, col. 2. vers. in gl. verb. precibus,* post Fulgos. ait, ad hoc, ut testamentum coram Principe factum censeatur, sufficere supplicationem quæ ultimam voluntatem continet, esse lectam coram Principe absq; alia confectione testamenti, *(c)* Et addit Fulgos. *ibi num. 2. vers. Nota primo &c.* quod etiam sufficiat, si alius ejusmodi preces sive supplicationem offerret voluntate & mandato testatoris. (c)

His enim verbis dilucidè docent, quod testamentum alibi conditum & deinceps literis supplicibus etiam ab alio quàm testatore delatum Prin-

cipi,

cipi, perinde habeatur, ac si coram Principe esset confectum, ac propterea subsistat. Etsi hoc obtinet in testamento coram Principe condito, idem etiam juris erit in eo, quod apud acta est conficiendum, cum hæc duo testamentorum genera æquiparentur *in d. l. omnium.*

Tertiò hunc casum nostrum planè definire videntur verba supradictæ Constitutionis, dum in fine statuitur: Si testamentum absque testibus alibi confectum & deinceps apud acta depositum fuerit, quod istud perinde, ac si coram actis conditum esset, Juris vigorem habeat: Hæc enim verba generaliter sunt concepta, neq; distinguunt, utrum testamentum à testatore coram deponatur, an verò hoc literis expediatur, par igitur est, ut generaliter accipiantur. *l. fin. in fin. C. de dotis promiss. l. 1. § generaliter. de leg. præst. l. 1. in fin. princ. Quæ in fraud. creditor.* Nam ubi lex non distingvit, nec nos distingvere debemus, *l. de precio. de publican. l. 2. §. convenire. de Judic. l. quos prohibet. De postulando l. item apud Labeonem § generaliter de injur.*

8 Sed magis † cui verba dispositionis conveniunt, eidem etiam ut ipsa conveniat dispositio necesse est, *l. 1. §. loquitur, de Magistrat. conven. l. 4. § Tertius. de damn. infecto. l. Hos accusare §. omnib. de accusat.* præsertim quia actus dispositionis. de quo loquitur dicta constitutio, non necessariò requirit, ut quis coram aliquid offerat, sed literis etiam ab absente commodè expediri potest.

Deniq; huic opinioni vel ideo magis adstipulandum videtur, quoniam hac ratione ultimæ voluntates defunctorum conservantur.

9 In dubiis † enim quæstionibus illa sententia potissimùm est amplectenda, qua testamenta defendi atq; sustineri possunt; *l. si pars de inoffic. testam. c. fin. de re judic.* quippe cum Reipub. interest, ne testamenta rumpantur & invalida reddantur, *l. vel negare. Quemad. testament. aperiant. l. Gallus §. Quod si is, de impub. & aliis substit.* Ubi *Jas. in secundo notab.* plura in hanc sententiam congerit, referens inter alia dictum Andr. Barbat. quod ut defendatur testamentum, potius sit amplectenda singularis alicujus opinio, quàm crebrior Interpretum sententia. Id quod tradit Barbat: *consil. 6. incip. scriptum est præclarè col. 2. vol. 1.* dictum hoc tanquam novum plurimum extollens, plura etiam adducit Decius *consil. 11 incip. Et pro tenui in fin.*

Verum utut hæc sese habeant, nos tamen contra arbitramur, testamentum de quo in proposito agimus, minimè pro testamento coram actis condito habendum, atq; adeo ob testium defectum jure non subsistere. Nam ad hoc ut testamentum apud acta vel coram actis confectum esse censeatur, atq; hinc robur accipiat, necesse est ut testator præsens, coram actis sive personis acta repræsentantibus, vel testamentum conficiat, vel saltem de testamento alibi condito voluntatem suam manifestè declaret, prout hoc non solùm ipsa recti sermonis ratio demonstrat, secundum quam coram vel apud aliquem factum dici non potest, quod quis absens fecit, *l. coram Titio cùm ibi not. de V. S.* sed & insuper dilucidè probatur verbis *l. sancimus C. de testamentis.* Ubi Imperator comparans hos duos casus, quando testator coram testibus vel coram actis absque testibus voluntatem suam declarat, requirit, ut inter acta eam manifestet, hæc enim verba utiq; præsentiam ipsius testatoris præsupponunt.

Idem sensit Imperator *in d. l. omnium*, dum ibi hosce duos casus æquiparat, quando testator actis vel auribus privatorum (id est, testibus) mentis suæ postremum publicavit judicium.

Nam hoc ipso satis ostenditur, quemadmodum in casu, quo testator coram testibus voluntatem declarat, necesse est testes præsentes esse: Ita

Ità etiam testatorem in præsentia coram actis de voluntate sua testari debere.

10 Nam æquiparatorum † æquiparata solet esse ratio, *c. inter cæteras. de rescript. c. 2. de translat. prælat. l. illud Ad l. Aquiliam l. Non possunt. de ll.* Et posita sub una & eadem determinatione debent æqualiter determinari, *l. Jam hoc jure. in princ. de vulgar. & pupill. l. Hæreditatem C. de impub. & aliis substitut.*

11 Neq; hic anxiè requiro, ut hi † qui actis intersunt, testatorem in conspectu habeant, quemadmodum in solenni testamento exigitur, *l. si non speciali, C. eod.* sed saltem talem præsentiam desidero, quæ ad ipsam veritatis cognitionem est necessaria, prout de hoc infrà plura videbimus.

12 Et † licet *glos. in d. l. omnium* & quidam Interpretes eam secuti circa interpretationem verbi *Publicavit*, variaverint, existimantes quatenus ad judicem refertur, non de voluntatis declaratione intelligendum, sed de publicatione testamenti jam confecti, *de qua in l. publicati, & in l. Testamenta. C. eod. tit. ut apparet ex gloss. verbi* Publicavit, *& quæ post eam tradit Salicetus ibi.* Ex quo etiam quidam benè insulsus non dubitavit ad *d. gloss.* addere interpretationem illam, quâ verbum *Publicavit*, exponit, *manifestavit*, literæ non congruere. Nemo tamen qui latinæ lingvæ non omninò rudis est. non videt, verbum istud *Publicavit*, non solùm quatenus ad personas testium, sed & quatenus ad acta refertur, rectè pro voluntatis declaratione accipi, & hoc verbo idem significari, quod *in d. l. Sancimus.* Imperator, manifestare, dixit, Idq; etiam sensit Bart. *in d. l. omnium,* dum respondendo *ad d. l. testamenta*, distingvit inter testamentum coram actis confectum & alibi conditum, deinde verò coram judice publicatum, innuens nimirum verba hujus textus minimè de publicatione, de qua *in d. l. Testamenta*, accipienda esse, sed potius de voluntatis declarat[...] quæ ad testamenti confectioner[...] necessaria Et Bart. sequuntur Ba[...] Salicet. ibi eodem modo disting[...] tes inter publicationem testar[...] confecti & ipsius testamenti c[...] ctionem.

Deinde hæc sententia probat[...] tione, quæ efficit, ut testamentur[...] ram actis conditum sine testibus[...] sistat. Nam ejus hanc rationem tra[...] Interpretes *in d. l. omnium*, quia v[...] mile est coram actis semper ad[...] multitudinem hominum fide di[...] rum, qui de ultima voluntate tes[...] ris testimonium perhibere possi[...] *l. in donationibus. C. de donat. gloss. in[...] C. de re judic. & probatur in d. l. om[...] ibi toto jure teste, & ibi idoneis testibu[...] sit approbare*, ut proinde qui actis[...] qui interesse solent, testium vic[...] suppleant.

Quamobrem si testimonio suo[...] mam voluntatem confirmare del[...] omninò necesse est, eos testator[...] testamentum condenti vel saltem[...] mam voluntatem declaranti, præ[...] tes fuisse atque ipsum audivisse. [...] strà enim alioqui consideratur eo[...] præsentia in iis negociis, quæ non[...] ram ipsis sed in eorum absentia ge[...] sunt. Cum nemo de eo, quod non [...] prio sensu percepit, testimonium[...] hibere possit. Idq; in terminis q[...] stionis nostræ disertis verbis asser[...] Bald. *in d. l. omnium in princ.* ubi ait[...] stamentum factum coram Princi[...] vel actis duobus testibus probari [...] se, ita tamen ut reddant rationem[...] plicem scilicet actus cui interfuer[...] item notorietatis, quia corã Princ[...]

Et sic duplex ratio debet reddi:[...] ste veritatis & notorietatis, nisi e[...] probetur, inquit, substantia non[...] test probari ejus qualitas scilicet n[...] rietatis. Unde per visum nunqua[...] potest probari notorium per eum,[...] non vidit factum, Hæc Bald. quibu[...] tiq; docere voluit, quod necesse sit e[...]

qui de testamento coram actis condito testimonium dare volunt, dum quando testator voluntatem suam declaravit, actis interfuisse, & quod adeo etiam requiratur, testatorem apud acta comparuisse, & in præsentia eorum, qui actis intersunt, voluntatem suam declarasse. Nisi enim hoc fiat, utiq; actorum testimonio testamentum suum non magis confirmari poterit, quàm testibus ea probari, quæ ipsis absentibus gesta sunt. Nam suprà dictum fuit, quod etsi testes hoc casu non ad solennitatem requirantur, tamen ad probationem sint necessarii. Quare necesse est etiam ut omnia ea, quæ ad legitimam probationem alioqui desiderantur, hoc casu interveniant & quod adeo acta de iis, quæ alio in loco gesta sunt, fidem facere non possint. Et hoc etiam sensit Vasq. *de success. creat. lib.3.§.30 part.1. n.54.* dum ibi in casu simili, quo testes ad solennitatem necessarii non erant, ait, quod etsi non requiratur, ut testator in conspectu fuerit testibus, necesse tamen sit, ut testamentarii testes sufficienter intellexerint, quid à testatore agebatur. Sed quando testator absens testamentum suum conficit, qui quæso illi qui actis intersunt, intelligere possunt, quid agat.

13 Accedit hisce tertiò † alia testimoniorum dicendorum ratio Nam quotiescunq; testimonio alicujus quippiam comprobari vel confirmari debet, potissimum consideratur, unde quis negocii illius noticiam habuerit, & si illud, quo scientia ejus nititur, non probat, tum etiam suo testimonio nulla fides adhibetur, *c. licet ex quadam, de testibus*, ubi textus requirit, ut autores à quibus quis aliquid cognovit, sint fide digni & omni exceptione majores, addens rationem: Quoniam satis videtur absurdum illos admitti, quorum repelluntur authores, *idem probatur in c. fraternitatis. de hæreticis c. nullus. 3. quæstion. 4. notab. Bart. in l. admonendi de jurejur. Oldrad. consil. 69. col.2. Paul. de Castro consil. 284. viso quodam tali quali processu. col. 1. post medium & consil. 299. visa inquisitione suprà scripta col. 2. circ. med. vol. 2. refert Cravett. consil. 6. n. 67 & consil. 41. num. 2. & consil. 112. n. 13.* At quando non ipsemet testator coram actis voluntatem suam declarat, sed eam manu tantum sua conscriptam literis transmittit ad acta, illi qui tum actis interfuerunt, de hac ultima voluntate aliud scire non possunt, quam ex literis illis cognoverunt, atq; adeo scientia eorum solis illis literis nititur.

Certum est autem solas literas ultimam voluntatem satis non probare, usque eo, ut nec etiam in illis casibus, in quibus omnis juris civilis solennitas est remissa de ultima voluntate fidem faciant, ut supra de relictis ad pias causas diximus, consequens igitur est, etiam eos, qui actis interfuerunt, & literas illas legerunt, ultimæ voluntati testimonio suo robur addere non posse. Alioqui enim sequeretur, illos admitti, quorum autores repelluntur, & ut inquit Cravetta *in d. loco*, quod majorem fidem faciat exemplum quàm originale, id quod jura suprà adducta absurdum esse reputant, ideoq; minimè concedendum, *l. 1. §. unde quæritur de Publican. l. nam absurdum juncta l. præcedenti. de bon. libert. l. scire oportet. §. aliud. ubi not. Baldus de excusat. tutor.*

Quartò † hanc sententiam plurimum adjuvat, quod regulariter solennitates, quæ ad testamenti confectionem requiruntur, ipsam testatoris voluntatem potissimum respiciunt, ut videlicet remota omni fraudis suspicione, de hac voluntate testatoris dilucidè constet. Ideoq; non refert, à quo vel quando testamentum scribatur, vel conficiatur, modò testator coram testibus explicaverit, ea, quæ descripta sunt in charta aliqua, suam ultimam voluntatem continere, *l. hac* 14

consultissima. C. de testament. contra verò ubi propter unius saltem testis defectum de illa voluntatis declaratione non satis constat, tum scriptura ipsa quantumvis alioqui solenniter confecta testamenti vim non habet, *l. si unius C. eod. tit.*

15 Hinc † etiam necesse non est, ut testes sciant ea, quæ in testamento conscripta sunt, sed sufficit, eos præsentes audivisse, quod testator ad quandam scripturam testamentum continentem se retulerit, atq; adeo hoc ipso voluntatem suam declaraverit, *l. Asse toto. de hæred. instit. l. fin. C. de Fideicommiss. l. si ita scripsero. de condit. & demonstrat. ubi hoc not. Bart. & Bald. quos refert Alex. consil. 176. incip. Viso processu nu. 6. vol. 1. cum aliis in hanc sententiam adductis per Boër. decisio 240. num. 5. & 6. Paris. consil. 19. nu. 12. & seq. vol 3. ubi ait, hoc communiter teneri, Covarr. in c. cum tibi. nu. 5. extrem. de testament.* usq; eo, ut licet circa ipsam scripturam testamenti nullæ fuerint adhibitæ solennitates, sed testamentum à privato quodam sine ulla solennitate conscriptum sit, si tamen testes præsentes fuerint testatori, quando ultimam suam voluntatem charta illa contineri dixit, atque hinc appareat, illam ipsam scripturam esse de qua sensit, tum ejusmodi testamentum jure subsistat, *ut docet Bart. in d. l. si ita scripsero. Paul. de Castro in l. hæredes palam in princ. De hære. instit. & in d. Auth. Quod sine. ubi etiam Jas. & Natta in quæstione 11. Socin. consil 142. incip. Reverende pater.* Atq; ad hanc quidem voluntatis declarationem idem numerus testium desideratur, qui alioqui ad testamenti confectionem, ita ut si de testamento solenni ageretur, necessarius esset numerus septem testium, *d. l. si unius C. de testibus,* inter liberos verò duo testes sufficiant *d. Auth. Quod sine ubi hoc not. Dd.* & in aliis locis suprà adductis.

Ut proinde ex hisce manifestum sit solennitates, quæ ad testamenti confectionem requiruntur, non chartam ipsam, in qua testamen[...] est conscriptum, quàm testatori[...] clarationem, qua hanc suam ulti[...] esse voluntatem testatus fuit, co[...] nere, & quod adeo omnis vis [...] robur testamenti in eo consista[...] de illa voluntatis declarati[...] constet.

Neque † sanè mirum, cum o[...] testamenti substantia in volunta[...] statoris consistat; *l. 1. ff. de testam[...] in conditionibus. de condit. & demon[...] Marianus Socin. consil 183. num. 25. [...]* latè Vasquius *de success. creat. part. 1. §. 2. num. 3.* ubi inde ait, quod et[...] stamentum omnem solennitate[...] mnemq; formam exactissimè ha[...] rit, tamen nihil valeat, si non af[...] testantis voluntas.

Ex † quo etiam communiter [...] ditum est, quod etsi duobus test[...] comprobari possit, conditum es[...] stamentum, tamen de ipsa volun[...] testatoris, utpote in qua testam[...] substantia consistit, non nisi num[...] testium ad confectionem testam[...] requisito doceri possit, *ut multis o[...] dunt Bart. Jas. & Dd. in l. 2. C. de bo[...] possess. secundum tabul.*

Quemadmodum igitur omnis [...] lennitas ipsam testatoris voluntat[...] ut de illa evidenter constet, respic[...] & propterea requiritur, ut volu[...] tis declarationi accedat, ita vel m[...] mè necesse erit, ut etiam actorum [...] lennitas, quæ in vicem aliarum [...] lennitatum successit, cum potissim[...] adhibeatur, quando quis ultimam [...] am voluntatem declarat.

Sed quando testator testament[...] à se conscriptum literis tantum ad [...] transmittit, utique palam est, actor[...] solennitatem non quidem circa [...] luntatis declarationem adhiberi, [...] tantum scripturæ confectæ & postm[...] dum insinuatæ accedere, illam v[...] ipsam voluntatis declarationem [...] literis transmissis niti.

Hi[...]

Hisce autem solis literis voluntatem testatoris satis probari non posse extra omnem controversiam positum est. Non igitur magis literæ hæ, ut voluntas testatoris coram actis declarata, atq; adeo testamentum apud acta confectum esse censeatur, præstare poterunt, quam solis literis ultima voluntas testatoris legitimè cōfici. Cum ut dictum est, solennitas testamentorum atq; hinc etiam actorum solennitas circa ipsam voluntatis declarationem, quę in conficiendo testamento potissimas partes obtinet, maximè requiratur. In proposito verò testator solis literis nulla adhibita solennitate voluntatem suam declaravit, & quæ deinceps scripturæ transmissæ actorū solennitas accessit, potius literis transmissis nitatur, quàm ut actis doceri possit, literis transmissis voluntatem testatoris contineri.

Quintò testamentum hoc manu testatoris sine solennitate conscriptum, & ad acta transmissum, pro eo haberi non posse, ac si coram actis confectum esset, probatur autoritate Bart. *in d. l. omnium*, dum ibi distinguendo inter testamentum alibi confectum & actis insinuatum & inter testamentum coram actis conficiendum text. *in d. l. omnium*, interpretatur de testamento coram actis conficiendo: hoc enim ipso dilucidè sensit, huic textui locum non esse in testamento alibi confecto & deinceps actis oblato. Idq; clarius docuerunt Bald. & Salicet. ibi, qui eodem modo distinguentes inter testamentum coram actis conditum & alibi confectum, disertè asserunt, si testamentum alibi conditum & actis insinuatum fuerit, quod tunc necesse sit septem testes fuisse adhibitos, & addit ibi Bald. rationem, si enim non tenet principale, non tenet etiam insinuatio. Quod tamen intelligendum est, si absq; ulteriore voluntatis declaratione insinuaretur testamentum. Nam si in ipso actu insinuationis testator coram actis præsens significasset, in scriptura insinuata ultimam suam voluntatem contineri, vel alioqui illis qui actis intersunt, de hac voluntate satis constare posset, tum eadem ratione ejusmodi testamentum subsisteret, qua illud valere suprà diximus, quando testator referens se ad scripturam minus solennem voluntatem suam coram testibus declaravit. Nam cur voluntatis declaratio coram actis non eandem vim habere debeat, ac si coram testibus esset facta, causa justa nulla subesse potest. Neq; enim ideo requirimus, eum coram actis comparere debere, quod necesse sit, ut ibi ultimam suam voluntatem conficiat, sed sufficiet, quod præsens de testamento suo etiam alibi confecto voluntatem suam coram actis quovis modo declaret. Et hoc est, quod in fine Constitutionis suprà adductæ sancitur, si testamentum alibi sine testibus confectum apud acta deponatur, quod tum perinde valeat, ac si coram actis confectum esset, prout de hoc infrà latius videbimus.

Deniq; si admitteremus, testamentum solis literis judici oblatum instar testamenti apud acta confecti haberi, multis fraudibus fenestra aperiretur. Hac enim ratione falsa & adulterina testamenta pro veris facilè actis subjicerentur & obtruderentur, *arg. Auth. de instrument. caut. & fid. in prin.* Cum tamen ad ejusmodi fraudes evitandas tàm testium quàm etiam actorum solennitas ad testamenta potissimùm requiratur, *ut probatur in l. jubemus. C. de testament. & in l. fin. cap. de fideicom.* Non igitur hoc admittendum, quippe cum alioqui omnis testamentorum solennitas multis vigiliis excogitata atq; inventa facilè subverteretur, *contra l. si quando C. de inoffic. testament.*

Ex hisce itaq; omnibus sine hæsitatione concludo, ultimam voluntatem à testatore suâ manu sine testibus conscriptam, & solis literis actis obla-

oblatam, pro testamento apud acta confecto minimè habendam, neque adeo testamenti vim habere posse, superest modò ut ad ea respondeamus, quæ suprà dubitationis movendæ gratia fuerant considerata.

18 Et quod † attinet ad ea, quæ ex Vasquio adducta sunt, haud scio an illi sit adstipulandum, dum ita generaliter concludit, In testamento coram actis condendo omnem solennitatem juris civilis remissam esse, & sufficere tantum solennitatem juris gentium. Nam etsi hoc quidem facilè concedamus, non necesse esse testium solennitatem, & quod adeo testium vicem ipsa acta suppleant: Tamen quod de cæteris præterea quid remissum sit, nulla lege probatur; sed potius adversatur regulâ *d. l. si quando. C. de inoffic. testam.* Et videntur etiam repugnare verba *d. l. omnium ibi:* si ei alia nocere non possunt.

Ex quib. not. Jas. ibi, quod textus ille dispenset tantum circa solennitates requisitas in testamento, puta circa numerum testium, & quod sint rogati & circa publicationem, non autem in cæteris, addens quod regulariter di-
19 spensatio † facta circa unum defectum non prorogetur ad alium, *ut not. Bart. in l. 4. per illum text. de legat. præstand.* Ideoq; etiam ex Interpretibus nemo ita generaliter de solennitatum remissione locutus est præter Vasquium, ut non immeritò dixerit *d. lib. 2. §. 2. n. 66.* hoc suum esse inventum.

Deinde dato hæc ita generaliter vera esse, ut non valdè repugnamus, ta-
20 men eæ † solennitates, quæ ad ipsam rei veritatem cognoscendam sunt necessariæ in testamento apud acta condendo, minimè remissæ esse censentur, ut idem Vasquius fateri cogitur, dum *lib. 2. §. 14. nu. 29.* admittit; Cæcum in ejusmodi testamento testem minus idoneum esse, & clarius apparet ex verbis ejusdem supr. in secundo fundamento adductis, quibus requirit, ut testes intelligant, quid testator agat. Ostendimus autem suprà, nisi testator coram actis præsens fuerit, de voluntate ejus non satis constare posse. Quare hæc generalis doctrina hanc solennitatem minimè excludere poterit, præsertim verò cum ipsa naturalis ratio hoc cuivis facilè persuadeat, quem de negocio se absente gesto, & cui is non interfuit, testimonium certum perhibere non posse, ut proinde licet jus gentium tantum consideremus, tamen nihilominus in testamento coram actis condendo præsentia testatoris necessaria sit. Præterea utut res sese circa solennitatum remissionem habeat, manifestum est. Vasquium loqui de testamento apud acta confecto. Fuit autem satis à nobis ostensum, ultimam voluntatem, de qua in proposito loquimur, minimè habendam pro testamento coram actis condito. Quare doctrina ista ad propositum non pertinebit. Non enim enim nullæ sunt qualitates, *l. si servum. §. si modus de action. empt. l. ejus qui in provincia. vers. Quod si stipulatus. si cert. petat.* Neq; sequitur, in testamento coram actis confecto non refert, utrum quis literis an verò viva voce voluntatem suam expresserit. Ergò si absens literas ad acta mittit, perinde habetur, ac si coram actis testatus fuisset. Sunt enim hæc inter se diversissima: Non igitur ab uno ad aliud rectè inferri potest, *l. neq; natales. C. de probat. l. naturaliter. §. nihil commune. de acquir. possess.* cum præsertim plurimum advertentur rationes suprà consideratæ, quæ omnes si sublatæ esse censerentur, multa sanè specialia circa hanc testamenti confectionem concurrerent *contra l. 1. C. de dotis promiss.*

Doctrina verò Alex. tum † quidem 21
rectè procedit, quando testator ipse coram actis præsens est, ut de voluntate ipsius certò constare possit. Nam tum nihil refert, utrum testamenti tenor ex supplicatione oblata recitetur, an

an verò alioqui testamentum coram actis conficiatur. At quando testator absens est, & literas ad acta transmittit, res aliter sese habeat, ut apparet ex rationibus suprà adductis. Neq; Alex. asserit, hoc casu literas transmissas testamenti instar habere, sed tantum dubitat, an necesse sit, ut ultra supplicationem oblatam Principi, de qua *in d. l. omnium*, necesse sit, ut etiam testamentum coram Principe conficiatur, prout videtur sentire gloss. ibi, & concludit sufficere, quod supplicatio, quæ testamenti tenorem continebat, lecta sit coram Principe absq; alia confectione testamenti, neq; interim aperit, utrum præsente an verò absente testatore hoc fiat. Meritò igitur ex rationibus suprà adductis hoc eo de casu intelligendum, quando præsente testatore testamentum legitur. Nam quod Fulgosius insuper addit, sufficere, si alius offerret preces voluntate & mandato testatoris. Hoc si quidem eo de casu, de quo Alex. loquitur, ita intelligitur ut non necesse sit, quod testator coram voluntatem suam declaret, rationibus suprà à nobis adductis facilè refutari potest.

Et cum Fulgosius pro sententia sua nihil allegat, autoritas ipsius parum momenti habebit, cum Doctori in
22 sententiam † suam nihil alleganti nulla fides sit adhibenda, quantumvis etiam magnæ sit autoritatis, *Bald. in l. Respubl. c. ex quibus caussis major. Archidiaconus in c. nolite timere. 11. quæstio 3.
23 Hippolyt. de Marsil. cons. 136.* usq; † adeo, ut nec etiam communis opinionis legum textibus destitutæ ulla sit ducenda ratio, *l. 1. §. sed neq. C. de veter. jur. enucl. l. si quis. de condict. indebit. Jas. in Auth. Novissima n. 22. C. de inoffic. testamento. Panor. in c. Capellanus de Feriis.*
24 sed illi potius † sententię inhærendum quæ melioribus ac firmioribus fulcitur rationibus, etiamsi vel Imperator ipsemet in contraria sit sententia, *l. Æmilius de minoribus Angel. consil. 170. Sanctissima & illustrissima. Decius consil. 481. nu. 12. Thom. Grammatic. voto 32. n. 10.* Neq; aliquid † ad propositum facit, 25
quod Fulgos. considerat verba *d. l. omnium*, etiam à gloss. *verb. testib.* usurpata ibi cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, inde colligens, quasi Imperator his verbis sentiat, hæredem aliis testibus quàm qui oblationi precum interfuerunt, probare debere, preces ipsas secundum voluntatem defuncti oblatas fuisse, atq; adeo hoc ipso præsupponat, non ipsum testatorem preces obtulisse, sed alium ipsius nomine, cum si ipse obtulisset, non esset necesse probare preces oblatas secundum voluntatem defuncti, sed alioqui de voluntate ejus his, qui Principi præsentes fuerunt, satis constare posset. Ita enim, ni fallor, ex illis verbis arguere voluit Fulgos. sed magis acutè quàm verè. Nam Imperator ibi quatenus loquitur de probatione precum oblatarum, minimè sensit de aliis testibus, qui ad voluntatis probationem necessarii essent præter eos, qui tum cum preces offerrentur, ipsi Principi præsentes essent, sed potius hoc intellexit de illis ipsis testibus, qui Principi oblationis tempore astiterunt, atq; hinc hæredem securum & ab omni probationis solicitudine liberum esse debere ait, cum preces secundum voluntatem defuncti oblatas idoneis testibus, id est, illis ipsis qui tum cum preces offerrentur, præsentes apud Principem fuerunt, probare possit. Et hanc esse veram horum verborum sententiam, non solùm ex toto contextu illius legis apparet, quæ juxta veriorem opinionem in testamento coram Principe condito pręter eos, qui tum Principi præsentes fuerunt, nullos alios testes requirit, prout necesse esset, siquidem verba illa de precibus nomine testatoris ab alio oblatis intelligeremus, sed & ex eo evidẽter colligitur, quod Imperator ait, successore

cessore oblatis precibus declarato, hæredem pertimescere non debere, & hujus rationem subjungens addit, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit probare. His enim verbis penitus securum reddere voluit hæredem, ne de probatione amplius sit solicitus, cum alioqui multos qui Principi præsentes fuerunt, testes habeat, & ut paulò antè dixerat, toto jure teste succedat, sed si intelligeretur de oblatione non ab ipso testatore, sed ab alio nomine ipsius facta, tum sanè hæres probationis nomine securus non esset, sed insuper cogeretur esse solicitus de probando, quod preces mandato & voluntate testatoris oblatæ sint. Quod quia neq; verbis neq; menti Imperatoris, qui hæredem nihil pertimescere debere ait, satis convenit, ideo interpretatio ista minime admittenda. Estq; præterea circa illa verba considerandum, quod Imperator non dicit, hæres nihil pertimescat, si probare poterit, quo casu posset locum habere consideratio Fulgosii, sed subjungens rationem, cur securus esse debeat, ait. Cum possit probare, atq; adeo satis declarat ex hoc ipso, quod Principi preces oblatæ sunt, de voluntate testatoris satis constare, neque aliam probationem necessariam esse. Ex quo tandem sequitur, preces in casu illius legis non ab alio nomine testatoris, sed ab ipso testatore oblatas fuisse. Cum alioqui de voluntate ejus illis, qui tum præsentes fuerunt, non satis constare, neq; hi idonei testes esse possent, ut suprà multis probavimus. Ut proinde argumentum Fulgosii non solùm penitus cesset, sed & contra ipsum retorqueatur & inde magis colligatur, in testamento coram principe vel actis conficiendo necesse esse, ut testator in præsentia Principis & actorum compareat, & coram illis & cæteris astantibus voluntatem suam testatam & manifestam reddat.

Porrò quod attinet ad constitutionem Electoralem, in illa de hoc tantummodò agitur, an & quatenus testamentum sine testibus alibi confectum, & apud acta depositum, perinde ac si coram actis conditum esset, valeat, & statuitur, illud etiam nullis intervenientibus testibus valere, interim verò de eo, quomodo testamentum apud acta deponendum sit, & an testator præsens cum voluntatis suæ declaratione hoc facere teneatur, an verò absens per literas expedire queat nihil deciditur, sed de hoc ne verbum quidem ibi reperitur. Quare id, quomodo videlicet testamentum alibi conditum, apud acta deponendum sit, ut perinde habeatur, ac si coram actis confectum esset, tanquam prætermissum secundum juris communis regulas definiendum erit, *arg. l. si cum dotem. solut. matrimon. l. extraneus. de condict. caussa dat.* Fuit autem suprà à nobis abundè ostensum, quod ad hoc, ut jure communi testamentum tanquam coram actis conditum valeat, omninò necesse sit, ut testator præsens voluntatem suam inter acta declaret, & quod hoc ab ipso absente literis commodè fieri non possit. Secundum hasce igitur juris civilis rationes constitutio provincialis potius de ejusmodi depositione testamenti, ad quam legitima voluntatis declaratio accessit, vel ex qua deponentis voluntate apud acta evidenter constet, intelligenda erit, quàm ut inde ad juris communis correctionem inferre liceat, quod testator literis voluntatem suam satis declarare possit. Verba enim statutorum & constitutionum ex jure communi interpretationem recipiunt, *c. ex parte 3. & ibi not. Abb. de verbor. significat. c. causam de dolo & contumac.* Et ita sunt accipienda, ut quoad ejus fieri possit, à jure communi non recedatur, *c. cum dilectus. de consuetud. c. cum expediat. de electio. lib. 6. l. 2. C. de noxal. action.* Id quod in propo-

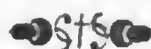
proposito vel ideo magis locum habere debet, cum tàm ex titulo quàm ex toto contextu hujus constitutionis dilucidè appareat, in ea, ut dictum est, de eo duntaxat, an & quatenus ad testamentum coram actis conficiendū testes sint necessarii, agi, neq; ultra quicquam disponi de cæteris, quæ ad ejusmodi testamentum sint necessaria Nam vel hac ratione tantò minus constitutio ista ad derogationem eorum, quæ alioqui ad testamenta coram actis condenda necessaria sunt, tàm contra verba quàm contra mentem constituentis extendi poterit.

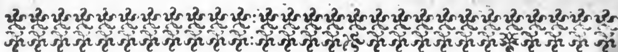
26 Tum † quia Statutorum verba strictè sunt accipienda, neq; ultra casum, de quo verba faciunt, extendenda, *not. gloss. & Dd. in Auth. Quas actiones C. de sacrosanct. Eccles. gloss. in c. cupientes, §. Quod si per viginti de electio. lib. 6. Bald. in l. maximum vitium. col. 5. vers. ultimò quæritur. C. de liber. præter. cum similibus adductis per Jas. consil. 164. incip. Absolvi. vol. 2. Decium consil. 679. incip. visa eleganti consideratione Marian. Socin. consil. 10 nu. 12. & 23. vol. 4.* Tùm quia casus in Statuto vel Constitutione omissus, censetur relictus in dispositione juris communis, *d. l. si cum dotem. solut. matrim. d. l. si extraneus. de condict. causa dat. cum aliis adductis per Tiraquell. in l. si unquam in verb. libertis nu. 2. C. de revocand. donat.* Cur enim ea, quæ expressè non mutantur, stare prohibentur, *l. sancimus. C. de testament. l. præcipimus. C. de Appell.* Tùm etiam quia quotiescunq; in lege vel Constitutione aliqua de uno dubitatur, respectu cæterorum habilitas præsupponitur. *l. qui in testamento de testament. cum similibus.* Deniq; si aliter diceremus, omnis non solùm testamentorum sed & testimoniorum dicendorum ratio juris civilis suprà considerata penitus tolleretur, quod quia verisimile non est, ideo in hanc sententiam verba constitutionis minimè accipienda erunt, *arg. d. l. si quando. C. de inoffic. testament.*

Non refragantur etiam ea, quæ de testamentorum favore suprà adducta sunt. Procedunt enim † ea, quando dubium est, utrum testamentum jure subsistat necne. In proposito verò ex rationibus paulò ante consideratis in aperto est, testamentum istud voluntatis, quæ tamen hoc casu potissimas partes obtinet, nullam certam & legibus convenientem habere probationem, atq; adeò manifesto vitio laborare. Non igitur hic in incertis sed in certis versamur, in quibus conjecturis locus non est, *l. ille aut ille §. cum in verbis l. Non aliter. de leg. 3. l. continuus §. cum ita. de verb. obligat.* Et ita ad hanc considerationem in simili respondet Marian. Socin. *consil. 179. nu. 85 volum. 2.* Deinde testamentorum favor tantus non est, ut solennitatem jure civili introductam tollere possit, cum hoc ipso omnis testamentorum ratio interverteretur, præsertim verò quod attinet ad ea, quæ ideo potissimum requiruntur, ut remota omni fraudis suspicione de ipsa testatoris voluntate certo nobis constare queat, & quibus sublatis voluntas testatoris anceps & dubia redditur. Nam suprà dictam regulam eò vires suas non extendere, docet Cravetta *consil. 143. nu. 16.* Præterea testamentorum conservandorum ratio tantum valere non potest, ut propterea fraudibus sit aperienda fenestra, prout contingeret, si passim permitteretur, solis literis ultimam suam voluntatem declarare. Non solùm enim generaliter traditum est, fraudibus obviandum esse, *l. in fundo. de rei vendicat. l. 1. §. 1. de edend. c. ex tenore. de rescript.* Sed & magis in specie in materia ultimarum voluntatum hoc sancitum est, potiorem esse ducendam rationem ejus, ut fraudis occasiones evitentur, quàm ut testamenta sustineantur, quippe cum ex hac sola ratione tot solennitates sint adinventæ, quæ si non fuerint observatæ, testamenta, quicquid favor eorum alioqui

alioqui exigere videatur, juris vigorem obtinere non poterunt, *l. Jubemus. C. de testament. l. fin. C. de Fideicommiss.*

Atq; hæc quidem sententia non solùm rationibus suprà adductis firmatur, sed & autoritate Antecessorum nostrorum, qui sæpius secundum eam responderunt. Nam ad *d. l. omnium*, sequentia verba annotavit D. Modestinus Pistoris, Cum quidam in scriptura sua nominasset quosdam hæredes, & addidisset, se in ejus rei fidem petiisse, ut Senatus sigillum apponeret, Senatusq; in scriptura illa fateretur, se sigillum annexisse, neq; tamen de voluntate testatoris aliter appareret, fuit quæsitum, an testamentum hoc valeret. Et videbatur quod sic, quia non potest Senatum rogasse, ut sigillum apponerent, nisi coram Senatu comparuisset, & coram illis voluntatem suam declarasset. Sed quia hoc in scriptura non narrabatur, & forsitan alius suo nomine potuisset impetrare sigillum à Scriba civitatis, vel Consule sine consensu Senatus, putarunt D. Badehorn & D. Jacobus non sufficere, nisi alio modo & per testes probaretur, testatorem ipsum coram Senatu comparuisse, & voluntatem suam declarasse, ne fiat locus fraudibus, quæ aliàs facilè committuntur in testamentis. Ideo secundum hanc sententiam responsum concepi Anno 1559. Mense Novemb. versus Heiligenstadt. Hæc D. Modestinus. Et memini eum Anno 73. post Constitutionem editam Collegium Scabinorum consuleretur de Testamento, quod prius coram quatuor testibus confectum & deinceps actis insinuatum & sigillo Præfecti illius loci confirmatum erat, Dominos versus Walhausen respondisse, testamentum ejusmodi ideo non valere, quia non apparebat, ipsum testatorem coram actis comparuisse & ultimam suam voluntatem declarasse.





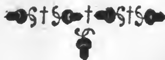
ADDITIO

Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(*a*) Eandem quæstionem examinat *Daniel. Moll. lib. 1. semestr. c. 5.* & eodem modo decidit, etsi per alias rationes, quas cum his conferre non pigebit. Parens autem diu, antequam semestria illa prodirent, hæc conscripserat, neq; postea iis manum admovit.

(*b*) Sequitur *Thobias Non. §. fin. num. 4. Limit. 11. Inst. de Testam.* in camera quoq; imperiali & usu & in practica passim receptam testatur *Mynsing. cent. 6. obs. 29.* & novissimè idem latè defendit *Domin. Capifer. de numer. test. c. 25. per tot.*

(*c*) Sequitur *Socin. jun. cons. 138. lib. 1.* & communiter Dd. hoc tenere ait *Th. Non. §. fin. num. 4. vers. Tertiò limitatur. Instit. de testam.*



QUÆSTIO XXIX.

TESTAMENTVM POSTERIVS QVÆDAM IN PRIORE TESTAMENTO IMmutans adjecta generali clausula confirmatoria eorum, quæ mutata non essent, quomodo intelligendum sit, ex facto disputatur, & de vi relati ad referens accuratè, & quatenus conditio prioris testamenti in posteriore censeatur repetita.

SUMMARIA.

1. *Relatio refertur ad omnia contenta in relato & omnes ejus qualitates continet n. 2. Non refertur ad ea, per quæ introduceretur contrarietas n. 10. n. 28. & 35. aut quæ sunt diversæ naturæ & rationem separatam habent. n. 21. aut quæ adversantur naturæ dispositionis n. 46. aut quib. verba commodè adaptari non possunt. n. 24. aut quæ relato quidem insunt, sed sublata & extincta n. 23. aut quorum circumstantiæ & rationes mutatæ sunt n. 36. aut per quæ dispositio redderetur inutilis n. 29. neq; ad ea, per quæ aliquid præter mentem disponentis induceretur n. 43. aut per quæ ad unum finem inducta contrarium operarentur nu. 47. neq; ad ea, quæ conditionaliter potius quàm dispositivè ponuntur num. 32. aut quæ accessoriè potius quàm principaliter n. 33. neq; ad ea, de quibus expreßè in referente dispositum est, n. 45. Item Fall. in his quæ specialiter exprimenda sunt. num. 44.*

3. *Verba universalia ab homine prolata nullam restrictionem admittunt, secus si à lege proferantur; ex opinione quorundam; quæ refutatur, & contraria regula ponitur ex communi nu. 40.*

4. *Conditio prioris dispositionis in posteriore censetur repetita. Fall. quando in prima dispositione plures essent conditiones, in secunda verò tantum una ex his exprimeretur n. 11. accedente præsertim dictione taxativa n. 12. Fall. quando prima dispositio penitus est sublata n. 23. aut ratio & causa ejus mutata n. 40. aut aliâ inter dispositiones adest diversitas nu. 56. contraria regula tanquam communior & verior ponitur n. 55.*

5. *Voluntates testatorum secundum affectionem eorundem interpretandæ etiam contra proprietatem verborum.*

6. *A verbis non recedendum præsertim in conditionibus & oneribus n. 7.*

7. *Onus non præsumitur nisi probetur ex verbis.*

8. *Verba dubia potius declarari debent ex claris quàm econtrà.*

9. *Dictio TUNC, denotat tempus à quo debeat incipere dispositio.*

12. *Extensio non admittitur, ubi adest dictio taxativa.*

13. *Voluntas disponentis à subjecta materia restringitur & n. 49. & verba intelliguntur eo respectu, quo sunt prolata n. 14. 16. & 50.*

15. *Dispositio ità interpretanda est, ut disponens iis prodesse poßit, quibus voluit.*

17. *Superfluum nihil præsumitur.*

18. *Dispositio separatim facta de conjunctis facit ut separata censeantur.*

19. *Testamenti una pars declarat aliam & n. 48.*

20. *Adversativa præcedentibus adversatur in eodem genere.*

22. *Fideicommisso sublato, sublatæ sunt omnes conditiones ei appositæ.*

25. *Relictum in duobus testamentis peti non potest, ubi compensandi animus apparet.*

26. *Relatio quantumvis generalis ad ea tantum pertinet, quæ in relato expressa sunt: nec novi aliquid inducit. n. 27.*

30. *Voluisse testatorem non sufficit nisi disponat.*
31. *In voluntate testatoris divinare non licet.*
34. *Dispositio quantumvis generalis ex causa restrictionem recipit n. 51.*
35. *Verba restringuntur ne contrarium effectum inducant.*
36. *Dilationis causa cessante cessat dilatio.*
37. *Potentia causæ arguit potentiam effectus.*
38. *Agnatorum favorabilior causa est quàm filiorum, quoties testatorem ad familiam respexisse apparet & n. 63.*
39. *Verisimilia in cujusvis dispositionis interpretatione sequenda.*
40. *Circumstantiæ mutatæ mutant quamcunque dispositionem.*
41. *Alienare dicitur qui usum rei ad 20. annos concedit.*
42. *Præsumtio sustentans actum fortior est cæteris.*
43. *Relationis vis omnis à voluntate testatoris dependet.*
52. *Circumstantiæ & personarum ra... tius quàm verba attendi debe...*
53. *Geminatio non auget principalem ... tionem: nec operatur, quando ... bi est eadem ratio.*
54. *Geminatio nihil operatur præter ... tionem agentis.*
57. *Conditio apposita fideicommisso ce... repetita in substitutione circ... dem rem & personam.*
58. *Conditio uni hæredum apposita qu... altero censeatur repetita.*
59. *Institutio potius declarat clausula... ctas quàm contra.*
60. *Clausulæ executivæ non mutant p... palem dispositionem.*
61. *Principalis intentio in qualibet disp... ne consideratur.*
62. *Verba potiùs superflua censentur ... ut præter intentionem operen...*
64. *Testantes abstinere debent ab omni ... ralitate & verborum involucr...*

NObilis quidam viduus prædium A. possidens cum nullos filios sed duas duntaxat filias prope nubiles haberet, condito testamento de prædio isto hoc disposuerat, ut si absq; masculis decederet, illud tum demum, quando minor natu filia vigesimum ætatis annum attigisset, vel utraq; elocata esset, ad fratrem suum vel unum ex filiis ejus pervenire, atq; hic vicissim 24000. Ungaricos filiebus numerare deberet, addiderat etiam in sequentibus alia ad prædium hoc pertinentia, præsertim verò quemadmodum istud ab uno agnato ad alium transmittendum & in familia hac perpetuò conservandum esset. Deinde cum alterum etiam prædium B. acquisisset, & secundam duxisset uxorem, eaq; gravida existente mortis hora instaret, aliud condidit testamentum, & in eo, si absq; filio decederet, filias in prædio A. Titium verò fratris filium minorem natu in prędio B. hæredes instituerat, his verbis: **Woferne ich keine Leibeslehnserben nach meinem Tode hinter mir verlassen würde / so sol alßdann N. meines Brudern jüngster Son meines B. Guts (allermassen / wie es vorhin in meiner T... ments Ordnung / auff das Gut ... richtet) ein Erbsas vnd derselben v... sahen / doch mit diesem bescheid / d... meinen jtztlebenden vñ denen Töch... se mir Gott der HErr noch geben m... te / nicht mehr den 24000. fl. herau... geben schüldig seyn soll.** Id est, si ... obitum meum nullos reliquero ... lios, tunc Titius fratris filius natu ... nor bonorum B. (omnimodò sic... priore testamento de prædio A. di... situm est) hæres esse eademq; poss... re debet: ea tamen conditione, u... liabus meis nunc extantibus, & ... porrò Deus mihi concessurus est, ... plus quàm 24000. Joachimicos p... solvere teneatur. Caverat etiam in ... reliqua, si uxor gravida filias vel fil... pareret, eademq; prædium B. no... ne hæredis, in ejus commodum, ... **Erben zu gute**/administrare vellet, ... ipsi ita permissum esse debere, u... tiones inde redderet. Tandem ge... ralem clausulam non semel addi... rat, omnia illa quæ in priore te... mento disposita & hoc posteriore ... presse immutata non forent, rata ... fir...

firma esse debere. Testatore deinde defuncto, vidua filiam posthumam est enixa, ut ita tres post se filias ille relinqueret. Inter has igitur & Titium filium fratris hæredem institutum in prædio B. difficilis orta est voluntatis quæstio: Utrum conditio prioris testamenti in posteriore repetita & propterea filiæ prædium B. tantisper tenere debeant, donec minor natu vigesimum ætatis annum attigisset, vel omnes maritatæ essent. An verò Titius sine conditione illa pro purè instituto habendus esset, ac statim à morte testatoris prædium B. occupare possit: aliis hanc, aliis verò illam sententiam defendentibus.

Qui partes filiarum defendendas susceperant, nitebantur potissimùm verbis illis relativis institutioni additis (omnimodò sicuti in priori testamento de prædio A. dispositum est) Ea n. †
1 est natura relationis, ut quicquid in relato continetur, id cum omnibus suis qualitatibus referenti quoq; inesse & expressum in eo censeatur, *l. institutio talis de condit. instit. l. asse toto de hæred. instit. l. si ita scripsero. de condit. & demonstrat. l. Ait prætor. §. si judex & ibi not. Jas. & Dd. de re judic.*

2 Usq; † eo, ut etiam illa quæ specialem requirunt expressionem per relationem satis expressa intelligantur, *Bart. in l. 1. C. de error. calcul. Innoc. Abb. & Dd. in c. Cum Bertoldus de re jud. Bald. cons. 13. magnifico vol. 5. Decian. cons 123. n. 31. vol. 3. cum aliis in hanc sententiam adductis à Tiraq. de ll. connub. in 16. l. gloss. 7. verb. expressè n. 128. & seq.* Cum igitur testator eo modo, quo in priore testamento de prædio A. ordinaverat, Titium hæredem instituerit in prædio B. atq; adeo expressam fecerit relationem ad dispositionem prioris testamenti, utiq; omnes conditiones prædio A. annexas & inter has etiam illam de qua nunc quæritur, in posteriore testamento repetiisse & prædio B. accommodasse intelligitur, non secus ac si expressis verbis declarasset. Idq; secundo hoc in proposito eo magis urgere videbatur, quoniam in relatione ista usus fuerat verbis admodum generalibus & universalibus (omni modo) Qui enim omne dicit, nihil excludit, *l. Julianus de legat. 3. l. a procuratore. C. Mandat.*

Et † ejusmodi verba universalia ab 3
homine præsertim, ut hoc casu, prolata, nullam restrictionem admittunt, sed omnia continent, quæ verborum ambitu possunt comprehendi, *Bald. in l. fin. col. 1. sine cens. vel reliq. Alex. in l. si patroni. in prin. ad SC. Trebell. Jas. in l. 2. §. prætor ait. n. 4. Qui satisd. cog. & in l. 1. §. nunciatio. de nov. oper. nunciat. Ruin. cons. 3. in princ. vol. 1. & cons. 86. nu. 11. vol. 3. Curt. jun. cons. 1. col. 2. & cons. 183. col. fin. Natt. cons. 159. n. 7. Roland. à Vall. cons. 96. n. 48. vol. 1. & cons. 55. n. 46. vol. 3.* quibus in locis ex recepta Interpp. sententia inter dispositionem legis & hominis distinguentes concludunt, quod etsi legis dispositio universalis restringi quandoq; soleat, hominis tamen verba id non admittant, sed universaliter intelligenda sint, *idemq; tradit Everhard. in Topic. loc. à pacto ad stat.* Hæc itaque universalia verba ad eam conditionem, de qua nunc sermo nobis institutus est, æquè pertinebunt, atq; ad alia quæ in priore testamento habentur.

Præsertim verò quia (tertiò) in posteriore testamento nihil reperiebatur, quod vel huic conditioni adversaretur, vel eandem immutaret. Nam vel hac de causa eò minus credendum videbatur, testatorem mutata voluntate ab hac conditione recessisse, sed potius existimandum, in posteriore testamento illam repetitam, conservare firmam voluisse. Tum quia voluntatis mutatio nō præsumitur, Tum propter illud vulgatum quod nō mutatur, stare cur prohibetur, Tum deniq; quia testator in fin. posterioris testamenti disertè cavet, omnia prioris testamenti, quæ per posterius expressè immutata non essent, rata esse debere.

bere. His enim verbis animi mentem ita declarasse videtur, ut nulla amplius subesse debeat hæsitatio, siquidem ubi verba clara sunt, voluntatis, quæstio admitti non soleat.

Quin etiam (quartò) non in hoc solùm articulo, sed & in multis aliis ad prius testamẽtum relationem fecerat, atq; insuper clausulam, qua prioris testamenti statum in non mutatis conservare integrum volebat, sæpius repetierat. Hæc n. ipsa geminatio magis enixam voluntatem disponentis demonstrabat. Confirmabantur hæc (quintò) *per textum in l. Latinus de lega. 2. & in l. fin.* §. *Scio. de legat. 2. & qua utroq; in loco & in l. Mulieri. de cond. & demonst. tradit Bortol. & idem not. in l. Repetendis de legat. 2.* Ex his enim generalis constituebatur regula, cõditionem
4 † prioris dispositionis in posteriore repetitam plerunq; videri. Sextò ex parte filiarum considerabant, quod testator etiam in casu, quo uxor filium paritura esset, disposuerat, viduam si vellet, hæredis nomine prædium B. administrare debere. Nisi n. filiæ etiam in his bonis hæredes institutæ essent, frustra sanè ejus hoc loco facta fuisset mẽtio, frustra etiam administratio viduæ concessa esset, si fratris filius mox post obitum testatoris prædium istud occupare deberet, quia etiam testator alioqui sibimetipsi adversaretur, dum administrationẽ illam in hęredis commodum cedere debere ait, cum hoc si à prædio exclusæ esse deberent filiæ, verum esse nullo modo posset. Horum a. neutrum cum sit admittẽdum, credendum potius est, etiam hoc prædium juxta conditionem priori testamento insertam, ad filias pertinere, donec minor natu 20. ætatis annum attingit. Est n. quævis dispositio cùm effectu, & ita intelligenda, ne sit frustratoria, prę sertim verò ea semper capienda interpretatio, per quam evitetur contrarietas.

Deniq; filiarum favorem & propensum parentis in eas animum urgebant, & quia ipsa docet natura, parentes proprios liberos plus diligere, eisdemq; magis prospectum esse velle, quàm remotiori gradu cõjunctis, hinc inferebant, conditionem in filiarum commodum priori testamento insertam, in posteriore eò magis repetitam videri. Nam voluntates † testatorum 5
sęcundum affectionem eorundem interpretandæ sunt, *l. qui liberis.* §. *Titius testament. de lib. leg. l. cum avus. de cond. & demonst. l. cum acutissimi. C. de fideicommiss.* usq; eò, ut affectionem testatoris contra propriam verborum significationem sequi debeamus, *l. si servus plurium.* §. *fi. de leg. 1. l. si viva matre C. de bon. mater. Soc. sen. cons. 26. col. 2. vol. 4. cum aliis ad hoc propositum adductis à Crav. cons. 62.* Atq; hæc quidem argumenta multos eruditione præstantes viros ita permoverunt, ut etiam aliquot Juris consultorum Collegia pro filiabus responderint, quorum autoritas tàm probabilibus subnixa rationibus me etiam perculit, ut contrarias Titii partes defendi non posse prima fronte opinatus fuerim.

Verùm tàm verbis quàm omnibus aliis hujus negocii qualitatibus diligentius consideratis, plane in eam sententiam deveni, ut conditionem prioris testamenti in posteriore non repetitam, sed Titium purè institutum esse & propterea prędium B statim à morte testatoris ad eum pertinere existimaverim: & nunc etiam quò magis magisq; cogito, eò magis in illa obfirmor.

Movent me primò ipsa institutionis verba, quibus cum testator eo casu, quo sine filiis decesserit, Titium simpliciter hæredem instituit, nulla facta mentione nuptiarum vel ætatis filiarum, de quibus in priore testamẽto dixerat: hoc ipso testatum reliquit, se illum purè & absq; conditione prioris testamenti instituere voluisse. Ab
his igitur apertis † & manifestis insti- 6
tutionis verbis minimè recedendum,

l. si alii

l. si alii in fin. de usufr. legat. l. Non aliter in princ. de legat. 3. l. in ambiguo. de reb. dub. Corn. cons. 272. vol. 4. Decius cons. 422. n. 7. Curt. jun. cons. 63. nu. 6. & cons. 169. in princ. cum aliis adductis à Cravett. cons. 161. n. 12. & Menoch. consil. 94. n. 41.

7 Præsertim verò in conditionibus † aliisve oneribus hæredi injungendis verbis diligenter inhærendum, cum illa nisi exprimantur, præsumi non soleant, *l. 1. ubi notant. Dd. de cond. & demonstr.* sed hæres tueri se poterit illo vulgato, scriptum de hoc non loquitur. *Joan. Andr. in addit. ad Speculat. de testam. §. 1. vers. fin. Oldrad. cons. 211. Soc. sen. cons. 62. col. 3. vol. 1. Jas. cons. 29. col. pen. vol. 3. Decius. cons. 95. col. pen. Paris. cons. 82. n. 8. vol. 2.* Et licet verba etiam quædam relativa addita fuerint, ex quibus oritur dubitatio, utrum conditio prioris testamenti repetita sit nec ne, infrà tamen abundè à nobis ostendetur, hanc relationem ejus efficaciæ esse non posse, sed illam potius ad alia, de quibus in priore testamento dispositum fuit, pertinere. Dato etiam adhuc aliquod subesse dubium, potius tamen claris verbis institutionis standum esset, quàm ut illa ex ambigua relatione in dubium vocari debeant.

8 Cum † verba dubia magis ex claris interpretationem recipiant quàm econtrariò, *l. si cum fundum de verb. sign. Bartol. in l. utrum de petit. hæredit. & in l. quemadmodum. §. hæc verba ad l. Aquil. Bald in l. legatorum petitio §. fin. in fin. de lega. 2. Decius cons. 553. n. 8. Menoch. cons. 191. n. 40. & cons. 131. n. 76. Riminald. jun. cons. 198. n. 10.*

Secundò ut & planius appareat, institutionis verba in hanc sententiam satis clara & aperta esse, singula consideranda erunt, & ponderanda est inter alia particula *Tunc.* Alßdann/ qua utitur testator dicens, si nullos post se reliquerit liberos, tunc Titium hæredem esse debere.

9 Nam cum hujus † particulæ hæc sit proprietas, ut denotet tempus, à quo debeat incipere dispositio, *l. 2. §. fin. de cond. & demonst. Bart. in l. uxori usufruct. leg. Dec. cons. 63. n. 2.* & ad ipsum mortis tempus referatur. *l. pen. de test. tut.* utique testator illa utens satis clarè innuit eo casu, quo absq; filiis decesserit, Titium statim à mortis tempore hæredem esse debere. Non igitur conditio prioris testamenti repetita esse poterit, cum secundum illam Titius non statim à morte testatoris hæres esse posset, sed expectare teneatur, donec filia minor natu 20. ætatis annum complevisset, vel omnes elocatæ essent; quod quia proprietati dictionis (*Tunc*) penitus adversatur, minimè certè admittendum, sed potius propriæ verborum significationi inhærendum per jura adducta.

Tertiò confirmant hanc sententiam illa verba, quib. testator dixit, Titium hæredem esse, & prædium B. in quo institutus erat, occupare debere: id quod procul dubio ita accipiendum, ut propria autoritate occupare possit. Est enim hoc proprium hæredum, modò si juxta dispositionem prioris testamenti prædium hoc tum demum quando filiæ nupsissent vel junior 20. ætatis annum attigisset, ad Titium pervenire, atq; interim filiæ istud obtinere deberent, tum certè non Titius, sed potius filiæ hæredes interim essent, ille verò fideicommissarii locum duntaxat teneret, sicuti & in priore testamento filiæ hæredes erant in prædio A. & cum semel hæres non possit amplius desinere esse hæres eveniente conditione, per fideicommissum tantum hæreditatem Titio restituere tenebantur, atq; adeo hic non hæres, sed fideicommissarius tantum erat, *l. ei qui solvendo. de hæred. inst. §. restituta & ibi not. Dd. Inst. de fideicommiss. hær.* Unde porrò sequitur, cum neq; etiam propria autoritate bona ista occupare posse, sed à filiabus tanquam hæredibus consequi debere, cum fideicommissa-

rius bona à manu hæredum capere teneatur, *l. 1. quor. leg. l. facta. ad Trebell. d. §. restituta & ibi not. Dd.* Quam a. hoc non solùm alienum sit à proprietate verborum, quibus usus fuit testator, sed etiam iis directò adversetur, nemo est qui non videat. Nam de hoc, quod filiæ in prædio B. hæredes esse debebant, neq; in priore testamento neq; in posteriore quicquam dicitur, sed potius contrà Titius hæres instituitur, atq; insuper disertè additur, eum bona hæc propria autoritate occupare debere, quamobrem ut verba hæc institutionis proprietatem suam retineant atq; evitetur contrarietas, statuendum potius erit, verba relativa institutioni annexa ad dictas conditiones prioris testamenti minimè pertinere, sed institutionem absq; illis conditionibus purè factam esse. Tum quia ut dictum est, proprietati verborum semper standum, & ne latum quidem unguem ab ea recedendum, *l. Labeo §. idem Tubero. de supellect. legat. l. ille aut ille. §. cum in verbis de legat. 3. cum aliis sup. adductis.*

10 Tum † quia relatio quantumvis generalis nunquam pertinet ad ea, ex quibus contrarietas introduceretur. *l. non ad ea. de cond & demonstr. c. Eccl. de Elect. gloss. in l. si idem cum eodem §. fin. de jurisd. omn. jud. Alex. cons. 48. col. pen. vol 1. Paris. cons 41. n 66. vol 2. Cravett. cons. 70 nu. 9. Natt. cons. 270. n. 5. Rimin. jun. cons 606 n. 24.*

Quartò huc facit, quod testator Titium hac certa lege atq; conditione, doch mit dem Bescheid/instituerit: quod filiabus 24000. Joachimicos numerare deberet: hoc n. ipso satis testatum reliquit, eum nihil ultra pecuniam istā filiabus præstare neq; adeo usumfructum horum bonorum ad tanti temporis spacium præterea relinquere debere, ut in priore testamento dispositum erat. Nam etsi alias conditiones utrius dispositionis ad alteram referri
11 soleant, tamen † quando testator in una dispositione plures addit conditiones, in altera verò prætermissis aliis de una ex his duntaxat mentionem facit, tum reliquas consultò prætermisisse censetur, *ut sensit Roman. cons. 503. n. 4. Alex. cons. 158. n. 10. vol. 6 Soc. sen. cons. 116 col. 2. & pen. vol. 3 Decius cons. 442. n. 10. Soc. jun. cons 128. n. 42. & 47. vol. 1. Grat. cons. 67. n. 6 vol. 2. Crav. cons 161. nu. 8. Menoch. cons. 86. n. 26. Rimin. jun. cons. 111. n. 47. & cons 171. n. 170.*

Id quod (quintò) in proposito vel ideò magis locum habet, quoniam hunc addendo modum sive conditionem non solùm dictione restrictiva usus fuit testator, sed & insuper addidit hæredem non ultra, nicht mehr/ quàm dicta 24000. filiabus præstare debere. Quoties † enim testator limitatè & restrictè loquitur, tum nulla admittitur extensio, *Soc. sen. cons 259. col. 3. vo. postremò prædicta concl. Rub. cons. 31. col. 2. Ruin. cons. 108. n. 13. & cons. 130 n. 4. vol. 4. Paris. cons. 86. nu. 36. vol. 2. Crav cons. 98. Rol. à Vall. cons 56. n 18. & seq. vol. 3.* 12
Sextò eandem sententiam persuadet ipsa subjecta materia. Testator enim disponens de institutione in prædio B. præter id, quod de 24000. filiabus numerandis restrictivè tantum adjecit, nullam de filiabus mentionem fecit, sed tantummodò de Titio fratris filio dixit, eundumq; hæredē in dicto prædio instituit. Quarè vel secundū hanc propositi negocii naturam relatio illa quam institutioni apposuit, de iis potius intelligenda & ad ea referēda erit, quæ in priore testamento de agnatis disposuerat, quàm quę de filiabus. Voluntas † enim disponentis plerumq; è subjecta materia declarari solet, *l. damni infecti in princ. & l. fluminum. §. hac stipulatio. de damn. infect. l. Insulam. de præscr. verb.* Usq; eò, ut etiamsi verborum proprietas aliud designet, ratione tamen subjectæ materiæ aliam interpretationem illi magis congruentem accipiant etiam in materia strictè intelligenda, *l. si unio ibi not. Bart. & Salicet. loc. l. si stipulatus. de usur. l. conditioni* 13

præteri-

præteritum de verb.oblig. Alex.cons 5.circ. fin.vol.4. Decius in l.Non vult hæres esse.n. 8. de reg.jur.

14 Ideoq; etiam verba † quantumvis generalia & universalia ex subjecta materia restrictionem accipere,*not.gl. in l.omnes.& ibi Angel.C.fin.consil.Bartol. in l.quæ habebat de leg.3. Bald.in l.3.§.ex hoc edicto.Naut.caupon.stabul. Alex.cons. 208.col.pen.vol.2.Ruin cons.41.n.5.vol.2.*

Cum præsertim septimò ex ipsis testamenti verbis liquidò appareat, institutionem hanc non in favorem filiarum sed potius Titii atq; totius familiæ factam esse. Nam vel hac de causa relatio eidem adjecta magis de iis intelligenda erit, quæ in commodum & favorem agnatorum & familiæ in priore testamento disposita fuerant. Inducta enim in favorem in odium retorqueri non debent, *l.quod favore.C. de ll.l.si mancipia in pr.de fund.instruct.& instrum.legat.*

15 Ideoq; † dispositionem ita semper interpretandam esse, ut disponens illis prodesse possit, quibus vult, dixit, *Castrens.cons 52.col.1.vol.1. Cravett.cons. 5.n.15.& cons.972.n.28. Rimin.jun.cons. 610.n.40.& 94.*

Pertinet huc alia trita juris regula, 16 quæ docet, verba quantumvis † generalia intelligenda eo respectu, quo sunt prolata, *l.si quis domum.§.quod tamen.locat.l.debitor.§.fin.Ad Trebell. Decius cons. 283.col.1.Cravett.cons.9.n.21.*

Octavò comprobatur hæc sententia ex eo, quod testator manifestam constituit differentiam inter prædium B.& prædium A. Et in prædio B.fratris filium, in prædio verò A.filias hæredes instituit. Nam ex hac etiam ab ipsomet constituta differentia apparet, filias præter 24000. Joachimicos nihil ex prædio B.amplius consequi debere, neq; adeò conditionem prioris testamenti ad hanc institutionem Titii referendam, sed eam puram esse. Tum quia filias in prædio A. tantùm instituendo, hoc ipso declaravit testator, illas in prædio B hæredes esse non debere, neq; adeo fructus illius prædii petere posse. Cum inclusio unius, sit exclusio alterius, *l.cum prætor in pr.de judic. l. maritus C.de procur.* Tum etiam quia si filiæ etiam ex prædio B. tanquam hæredes testatoris fructus, donec 20. ætatis annum minor attingeret, percipere deberent, frustrà differentiam hanc institutionis constituisset testator, sed longè commodius atq; expeditius filias in utroq; prædio instituere & eas ratione prædii B.gravare potuisset, ita ut in priore testamento fecerat. Cum autem hoc neglecto potius differentiam inter hæc duo prædia facere, atq; fratris filium in prædio B. instituere maluerit, utiq; ex hoc etiam satis evidenter colligitur, filiabus ex prædio B. præter illa 24000. nihil amplius relinquere voluisse, cum alioqui differentia ista tanta diligentia constituta prorsus esset supervacanea.

Quod † minimè admittendum, *l.si quando de leg.1. l.fundus qui locatus. de fund.instr.c.Pastoralis de appellat.* Sed ea semper capienda est interpretatio, per quam dispositio effectum sortiatur, *l. 1.§.hac autem verba quod quisq.jur.l.pen. de ver.signif.* Quibus suffragatur etiam alia communiter approbata doctrina, qua traditur, etsi alias † aliquid sub altero comprehendi possit, tamen quoties apparet, testatorem de iis separatim disposuisse, cum id quod de uno dixit, ad alterum minimè extendendum esse, *ut per not. Bartol.in l. centurio. n.27.de vulg.& pupill. & in l.Gallus.§.instituens.de lib.& posthum.docet Corn.cons. 162 col.2.vol 4.Socin.sen.cons.152.vol.1 & cons.69.n.2.vol.3.Curt.jun.cons.111.n.7.Socin.jun.cons.128.n 71.vol.1.Decian.cons. 47.n.16.vol.3.* ut interim omittamus, posteriorem filiarum institutionem etiã præcedentem filii fratris in eam sententiam declarare, ut quemadmodum filiarum pura est & mox à morte testatoris incipit, ita etiam de institutione filii fratris judicandum sit.

19 Una † enim pars testamenti alteram declarare solet. *l. qui filiabus in princ. l. si servus plurium. §. fin. de legat. 1. l. fin. §. qui dulcia. de vin. tritic. & ol. legat.*

20 Cum præsertim annectatur præcedenti † per dictionem adversativam Aber, de cujus natura est, ut etsi præcedentibus in jure & facto adversetur, tamen in eodem genere adversari soleat, *Bald. in l. omnes populi. col. 8. vers. Tertio modo. de justicia & jur. Alex. cons. 9. n. 4. vol 7. Jas. in l. filius à patre. n. 7. de lib. & posthum. Socin. jun. cons. 83. col. 3. vol. 1. Cravett. cons. 208. n. 5.*

Ex quibus etiam nonò apparet, manifestam hoc casu subesse differentiam inter dispositionem prioris testamenti, in quo testator fratri vel fratris filio prædium A. in eum demum casum reliquit, quo minor filia 20. ætatis annum attingeret, vel omnes elocarentur, & inter posterioris institutionem, qua fratris filium ex prædio B. hæredem instituit. Nam in priore testamento filiæ in prædio A. hæredes instituuntur, fratris filio verò prædium istud per fideicommissum tantum relictum fuit, ut à filiabus hoc percipere necesse habuerit, in prædio B. verò filiæ in neutro testamento hæredes instituuntur, sed fratris filius tantùm in posteriore ex eo prædio instituitur, ita ut propria autoritate tanquam hæres id occupare possit, quæ quidem inter se diversissima esse, nemo est qui non videat: quare vel hac de causa conditio fideicommisso prioris testamenti annexa ad institutionem posterioris tanquam ab illa longè diversam minus referri poterit.

21 Nam † etiam generalis relatio nunquam pertinet ad ea, quæ diversæ sunt naturæ, *Cle. 1. §. ad hoc de præb. Bellam. cons. 3. Ruin. cons. 176. n. 11. in fin. vol. 2. Cravett. cons. 151. nu. 5. Menoch. cons. 220. n. 76. Riminald. jun. cons. 78. num. 31.* Sicut nec ea continet, quæ diversam ac separatam habent rationem, *Alex. cons. 48. col. 1. vol. 1. Paris. cons. 68. n. 41. vol. 3. Cravett. cons. 70. n. 11. Menoch. d. cons. 220. num. 76.*

Quinimò si penitus rem hanc considerabimus (decimò) fideicommissum prioris testamenti, cui dictæ conditiones additæ fuerant, penitus correctum & sublatum, atque adeo omnem substantiam hujus dispositionis immutatam esse apparebit. In aperto enim est, filias posteriore testamento in Prædio A. institutas nullo fideicommisso amplius gravatas atq; propterea hujus prædii respectu fideicommissum prioris testamenti immutatum esse. Neque etiam ipsæ filiæ facilè concedent, se ratione hujus prædii ex priore testamento adhuc gravatas esse fideicommisso, ut cum minor 20. ætatis annum attigerit, istud restituant: sed potius admitterent, fideicommissum istud per posterius testamentum sublatum esse. Sic etiam ex verbis posterioris testamenti liquidò constat, filias in prædio B. minimè hæredes institutas, neque etiam hujus prædii respectu institutas fideicommisso gravatas fuisse. Multò verò minus fratris filio injunctum est, ut prædium istud tanquam fideicommissarius ex manu filiarum hæredum perciperet, sed potius ipsemet disertis verbis ex eo prædio instituitur, hoc expresse addito, eum istud testatore defuncto occupare debere, ut ita etiam planum sit, neq; hujus prædii respectu fideicommissum additum, sed istud quod priore testamento continebatur, posteriore immutatum penitus esse.

Fideicommisso † ergo sublato, sequitur omnes conditiones ætatis & elocationis eidem annexas immutatas esse, cum sublato principali etiam accessorium ut tollatur necesse sit, *l. cum principalis. de reg. jur. c. Accessorium eod. tit. in 6. &* quod consectarium est, conditiones illæ ad institutionem posterioris testamenti referri nullo modo poterunt. Non entis enim nullæ sunt qualitates, *l. ejus qui in provinci. si cert. petat.* 22

Ideoq;

23 Ideoq; licet alias conditiones unius substitutionis ad aliam quandoque trahi soleant, tamen † quoties substitutio sublata atq; adeò ipsa substantia dispositionis immutata est, conditiones illius dispositionis nunquam repetitas censeri, respondet Socin. jun. *cons. 129 n.82. vol.3.* Hinc etiam in casu non absimili respondit Alex. *cons. 81. nu. 10. vol. 6.* si pater filio instituto mandasset, ut eo absq; liberis decedente quarta bonorum pars inter pauperes distribuatur, filius verò deinde cum iterum genuisset filium in testamento huic hæredi instituto injunxisset, ut omnia contenta in testamento sui patris executioni mandaret, prout in eo disposita sunt, quod relatio ista ad dispositionem illam de bonis pauperibus distribuendis minimè pertineat: quippe cum conditio, sub qua facta fuerat, non extiterit. *(a)*

(a) Confirmatur † hæc communiter
24 approbata doctrina Bart. *in l. 1. §. lex Falcid. ad l. Falcid.* ubi Bartol. concludit, si statuto caveatur, de controversiis conjunctorum compromitti debere in consangvineos communes, & in altero statuatur, ea quæ de conjunctis disposita sunt in aliis statutis, in omnibus & per omnia servari debere in extraneis, quod tamen in hac universali relatione prius statutum non comprehendatur, sed illa intelligenda sit tantum de iis, in quibus locum habere potest. Ex qua ejus doctrina etiam generaliter receptum est, relationem quantumvis generalem nunquam pertinere ad ea, quibus verba commodè adaptari nequeant, *Dec. cons. 362. & cons. 497.*

Idem undecimò magis etiam firmabitur, si exactius consideraverimus, unde hoc, quod fideicommissum prioris testamenti in posteriore sublatum sit, proveniat. Cum tamen ejus correctionis & quod filiæ prædium A. restituere non debeant, in posteriore testamento nulla sit facta mentio. Hoc autem non aliunde quàm ex diversa institutione posterioris testamenti atque ex eo descendit, quod testator in posteriore testamento fratris filium ex prædio B. filias verò ex prædio A. instituerat. Cum itaq; diversa hæc institutio ejus potentiæ & efficaciæ fuerit, ut fideicommissum, quod ratione prædii filiabus injunctum in priore testamento fuerat, jam sublatum intelligatur: utique multò magis illa hunc effectum habebit ratione prædii B. cujus in priore testamento ne ulla quidem facta fuerat mentio propter vulgatam regulam, quæ docet Propter quod unum quodque tale est, illud magis tale esse. Neque est quod quis objiciat, in prædio B. rem aliter sese habere propter clausulam relativam institutioni illi additam, Nam in fine testamenti etiam generalis clausula addita fuerat, omnia prioris testamenti firma ac rata manere debere, quæ in posteriore non immutata reperirentur, neq; tamen hæc clausula ejus est efficaciæ, ut propterea fideicommissum prioris testamenti institutione illa diversa minus immutatum intelligatur, quantumvis expressè non sit correctum. Si itaque clausula illa generalis hoc non præstat, certè multò minùs istud operantur verba relativa institutioni posterioris testamenti addita, sed verum nihilominus erit, sola diversa institutione sublatum esse fideicommissum prioris testamenti, nulla habita ratione relationis posteriori institutioni additæ: cum præsertim relatio hæc ad hoc, ut propterea sublatum intelligatur prius fideicommissum, planè nihil conferat: sed potius (si modò eò referenda est) istud confirmare debeat, ut interim omittamus alia, quæ pro interpretatione illius relationis infrà dicturi sumus.

Secundum hæc etiam accommodari huc duodecimò poterit jam dicta clausula finalis testamenti posterioris, qua

qua testator expressè caverat, ea tantummodò prioris testamenti rata ac firma esse debere, quæ in posteriore non essent immutata. Nam cum satis ostensum jam sit, fideicommissum prioris testamenti, & quæ ab eo dependent, immutata esse posteriore, utique ex hac ipsa clausula finali evincitur, verba relativa posterioris testamenti ad fideicommissum istud ejusq; conditiones minimè referenda esse.

Accedit hisce decimò tertiò etiam hæc ratio, quoniam in locum ejus, quod filiabus in priore testamento ususfructus prædii A. quoad minor 20. annum attingeret, relictus fuit, ipsæ in posteriore absq; onere fideicommissi institutæ sunt, atque adeò institutio istius in compensationem ejus, quod priore testamento relictum fuerat, facta est. Nam ex hac etiam ratione sequitur, filias usumfructum prioris testamenti amplius petere non posse, sed usufructu sublato institutione posterioris testamenti contentas esse debere. Cum etsi aliàs controversi juris sit articulus, utrum, ea, quæ in secundo testamento relinquuntur, compensationis gratia relicta esse videantur, & pro-
25 pterea † prius disposita tollant: tamen quoties clarè apparet, ea compensationis gratia relicta esse, ut in proposito manifestum est, tum inter omnes constat, utrumq; simul peti non posse, sed alterum tantùm, prius verò per posterius relictum ex ipsa compensationis natura sublatum esse, *ut not. Dd. in l. si cum dotem. §. si pater. solut. matrim. & in l. hujusmodi. §. cum pater de legat. 1. & in auth. preterea. C. unde vir. & uxor. Corn. cons. 115. & cons. 230. vol. 4. Matth. de Afflict. decis. 44.*

Decimò quartò perpendendum est, quod in priore testamento prædii B. nulla facta fuerit mentio, quippe cum istud tum temporis ne habuerit quidem testator, neq; adeò filiæ in priore vel etiam in posteriore ex illo prædio institutæ, multò verò minus de eo cum ad 20. ætatis annum o[...] pervenirent, restituendo gravata[...] rint. Si itaq; per relativa illa verb[...] stitutioni posterioris testamenti [...] ta, conditiones fideicommisso [...] ris testamenti annexæ repetitæ in[...] gendæ sunt, tum relationem han[...] efficaciæ esse oporteret, ut filiæ [...] in posteriore testamento ex præc[...] hæredes institutæ & insuper fidei[...] misso de restituendo eo post vi[...] mum annum gravatæ essent, atq[...] nova planè institutio novumq; [...] commissum introduceretur, de [...] rum neutro neq; in priore neq; i[...] steriore ulla fuerat facta mentio. [...] juris rationi consentaneum planè [...] est, neq; etiam per rerum natu[...] possibile videtur, ut per ejus[...] simplicem relationem aliquid [...] tus novum introduceretur. Mi[...] igitur hæc verba relativa in prop[...] ejus efficaciæ esse poterunt, sed n[...] sariò tantum referenda erunt ad [...] quæ in priore testamento de fa[...] & agnationis conservatione disp[...] fuerunt.

Nam † relationes quamvis gen[...] les ad ea duntaxat pertinent, qua[...] relato expressa reperiuntur, ultra [...] illa nihil operantur, *ut docet Bald. i[...] C. de errorib. advoc. quem refert Ro[...] cons. 294. num. 9. Alex. cons. 3. num. [...] 2. Decius cons. 63 n. 6. Paris. cons. 7. nu[...] vol. 3. Berous cons. 14. n. 4. vol. 1.*

Neque † etiam relatio præter [...] quæ in relato continentur, novi [...] quid introducere potest, ut multis [...] mat Decius *cons. 362. & cons. 467.* [...] inde concludit, ex relatione ad te[...] mentum aliquod facta novum co[...] tui fideicommissum non posse. Q[...] si negocium hoc rectè perpend[...] mus (decimò quintò) conditiones [...] deicommisso prioris testamenti an[...] xæ ad institutionem posterioris te[...] menti accommodari nulla ratione [...] terunt. Si enim filiæ interim, do[...] 20. ætatis annum complerent vel [...]

car[...]

carentur, fructus prædii B. percipere deberent, sequeretur illas interim hæredes institutas, Titium verò fratris filium minimè hæredem sed fideicommissarium tantummodò esse. Nam postquam filiæ semel extitissent hæredes, non possunt amplius desinere esse hæredes, sed per fideicommissum tantùm conditione eveniente hæreditatem restituerent, atque adeo Titius non hæres sed fideicommissarius tantùm esset, *l. ei qui solvendo. de hæred. instit.* §. *Restituta & ibi not. Dd. instit. de fideicom. hæred.* contra verò ex testamento posteriore liquidò apparet, filias minimè ex prædio B. hæredes institutas. Hæc itaque duo ita pugnarent invicem, ut conciliari nullo modo possent, & quod consequens est, conditiones minimè huc referri possunt.

28 Cum relatio quantumvis † generalis nunquam pertineat ad ea, ex quibus contrarietas introduceretur, *per sup nu.10. adducta, quib. adde Becc. cons. 101. nu. 80. Burgat. cons. 442. nu. 24. Decian. cons. 24. n.100. vol.1.*

Neque refert, si quis contradiceret. Titium saltem eveniente conditione hæredem fore. Hoc enim filiabus semel hæredibus existentibus, fieri commodè non potest per jura paulò ante adducta: sed & pro eo haberetur, ac si post 20. annum demum institutus esset, quod tamen jura minimè admittunt, cum hæreditas ex die dari non possit, *l. hæreditas ex die. de hæred. instit.* §. *hæres. Instit. eod. tit.* atque adeò hanc etiam ob causam conditiones istæ ad institutionem minus referri possent.

29 Cum † verba relativa etiam universalia nunquam referenda sint ad ea, per quá dispositio redderetur inutilis, *l. Lucius. de fideicom. hæred. l. servo alieno.* §. *si ab impubere. de legat. 1. not. Bart. & Dd. in l. talis scriptura. & ibi Jas. n. 40. de legat. 1. Roman. cons. 56. & cons. 94. Decius in c. secundò requiris n. 6. de appellat. & cons. 195. col. pen. Cravett. cons. 40. num. 4.* Et licet quidam, quia contrarias tuebantur partes, hoc objectum animadvertentes responderent, Titium nihilominus interim in proprietate, filias verò tantummodò in usufructu institutas esse, donec 20. ætatis annum attigissent: Tamen hoc etiam dato, istud nobis ut concedatur necesse foret, ipsam institutionem planè novam & diversam atque alienam prorsus esse ab ea, de qua prius testamentum loquitur, neque etiam de ejusmodi institutione in posteriore testamento ullum reperiri verbum vel literam. Quare cum suprà in 14. fundamento firmatum sit, relationem ejus efficaciæ esse non posse, ut novam inducat institutionem, certè tantum abest, distinctio ista relationi opituletur, ut etiam tanquam verbis testamenti minus consentanea illam penitus destruat. Nam quod ex ejusmodi relatione nova dispositio non introducatur, quamvis verisimile sit, testatorem hoc voluisse disponere, multis firmat Decius *d. cons. 362.*

Neq; sanè † mirum, cum non sufficiat, testatorem aliquid voluisse, nisi etiam istud disponat, *l. pen.* §. *fin. ibi neq; probaverit, quisquam nuda voluntate constitui testamentum. de bon. poss. secund. tab. & l. in ambiguo ibi neq; id quod vult, quia non loquitur de reb. dubiis, l. quidem cum filium. de hæred instit. l. si quis in fundi vocabulo. de legat. 1. Bald. in l. 1. in fin. C. de his qui ant. apert. tab. tab. Alex. & Jas. cons. 228. in fin. vol. 2. Socin. sen. cons. 104. Decius cons. 63. & cons. 305. & cons. 287. & cons. 477. & hanc esse communem & indubitatam Dd. conclusionem ait Pert. cons. 42. n. 15. quem refert Bursat cons. 64. num. 2.* Frustrà igitur hoc loco consideratur voluntas testatoris, quæ in dispositionem deducta non fuerat, 30

Cum † in voluntate testatoris interpretanda divinare non liceat, *ut ait Bald. cons. 161. num. 12. & Menoch. cons. 229. num. 97.* 31

Quæ

Quæ quidem omnia vel ideo magis hoc in proposito locum sibi vendicant, cum non solùm de ejusmodi institutione, secundum quam ad alterum proprietas, ad alterum ususfructus pertineret, in testamento nihil quicquam dictum sit, sed & verba posterioris testamenti contrarium expressè disponant, *ut ex suprà firmatis manifestum est.*

32 Decimò sextò † suffragatur hisce etiam alia trita juris regula, quæ docet, verba relativa potius esse referenda ad ea, quæ dispositivè ponuntur, quàm quæ conditionaliter *not. Bart. in l. si cui. §. à filia de legat. 1. Alex. cons. 1. col. 3. vol. 4. Decius cons. 693. n. 4. Paris. cons. 86. nu. 38. vol. 2. Ruin. cons. 181. vol. 2. & cons. 136. n. 3. Gabriel. cons. 121. n. 28.*

Nam cum in priore testamento præter conditiones fideicommisso additas, de quibus jam verba facimus, etiam de multis aliis, quæ ad familiæ conservationem pertinent, dispositum fuerit & quidem principaliter, juxta jam dictam regulam verba relativa posterioris testamenti potius ad ea, quæ in familiæ favorem disposita sunt, quàm ad conditiones fideicommisso jam sublato annexas referenda erunt.

33 Id quòd suadet etiam alia juris regula, qua traditur, relationem † potius faciendam ad ea, de quibus principaliter disponitur, quàm de quibus accessoriè *Bartol. in l. fin. §. Titia. de lib. legat. Alex. l. si idem §. fin. de jurisdict. omn. jud. Jas. in l. talis scriptura num. 40. de legat. 1. & cons. 143. col. fin. vol. 2. Ruin. cons. 131. n. 5. & cons. 131. n. 5. & cons. 181. num. 3. vol. 2. Grat. cons. 125. n. 20. vol. 2. Cephal. cons. 43. n. 17. & cons. 107. n. 7. & cons. 622. n. 46.*

Præter fundamenta, quæ ex ipsis verbis testamenti hactenus adduximus, sententia ista magis etiam confirmabitur, si qualitates & circumstantias hujus negocii exactius consideraverimus.

Decimò septimò enim idem suadet causa, quam testatorem permovisse apparet, ut fratris filium ex prædio B. hæredem institueret. Nam ex verbis testamenti liquidò constat, eum hac potissimùm causâ ad id faciendum fuisse motum, ut prædium illud perpetuò in familia conservaretur atque ratione ista huic rectius consuleretur. At si verba relativa ac institutiones etiam ad conditiones fideicommissi prioris testamenti referenda essent, ut illæ repetitæ videantur, tum certè istud minimè in agnatorum, sed potius in filiarum commodum cederet, atque adeo causæ illæ, quam testatorem ad hanc institutionem permovisse diximus, plurimùm adversaretur. Contra verò, si verba illa relativa ad ea tantum, quæ in priore testamento de bonis in familia conservandis disposita fuerunt, restrinxerimus, tum cerè istud rationi jam consideratæ apprimè consentaneum foret. Hæc itaque interpretatio illam longè superare meritò deberet.

Cum † quævis dispositio quantumvis generalis ex causâ interpretationem atque restrictionem recipiat, *l. cum pater. §. dulcissimis. de legat. 2. l. adigere §. quamvis de jure patron. l. quod dictum de pact.* & verba quantumvis generalia restringi debeant ad causam, ob quam prolata sunt. *Bald in l. 3. §. ex hoc edicto. Naut. caup. stab. Cravett. cons. 171. n. 13. & 221. n. 12.* 34

Præsertim verò † tùm relativa tùm alia generalia verba restringenda sunt, ne contrarium effectum inducant, *Socin. jun. cons. 142. n. 12. vol. 3. Cravett. cons. 70. n. 7.* 35

Eundem sensum etiam decimò octavò arguit causa, quam verisimile est testatorem movisse, ut usumfructum prædii A. filiabus usq; ad 20. ætatis annum priore testamento relinqueret. Id enim hac una de causa factum credibile est, quia cùm nulla tùm temporis alia bona haberet, & tamen familiæ suæ consulere vellet, ne

filiæ

filiæ propterea ab omnibus suis bonis penitus excluderentur, iis fructum prædii in familiam transferendi certo tempore concessit. Cum autem deinceps etiam prædium B. nactus fuerit, & ex hoc filium fratris, ex prædio A. verò filias instituerit, atq; ita utriq; considerationi satisfecerit, utiq; causa, ob quam conditionem hanc priori institutioni addiderat, penitus cessavit; atq; propterea hæc ad institutionem ex prædio B. factam minus referri poterit.

36 Cessante † enim causa, cessat effectus. *c. cessante de appell. l. generaliter C. de Episcop. & Cler* & finita causa dilationis, etiam ipsa finitur dilatio, *l. liberto §. fin. de ann. legat. ubi not. Bart. & in l. sive pars num. 2. C. de dilat. cum aliis adductis à Sim. de Prat. cons. 117. num. 22.*

Decimò nonò, congruunt etiam huic sententiæ omnes aliæ qualitates hujus facti. Si enim testator tùm temporis, cum nulla alia bona præter prædium A. haberet, filiabus tantummodò usumfructum hujus, & quidem ut ex proximè dicendis apparebit, ad tempus exiguum relinquere, deinde verò istud totum ad fratrem sive fratris filium pertinere voluit. Verisimile certè & credibile est, eum postquam prædium B est adeptus, & propterea filias ex prædio A. hæredes instituit, prædium B. in quo fratris filium familiæ amore instituerat, huic soli relinquere voluisse. Siquidem nemo inficias ire poterit, hoc ipsum quod filiæ modici tantum temporis ususfructu excepto ab omnibus bonis paternis exclusæ esse debeant, longè majus & gravius esse, quàm si bonis divisis pars eorum ad filias, pars verò ad agnatos pervenit. Si itaque familiæ amor testatorem permovit, ut filias à bonis suis penitus excluderet, certè idem multò magis in causa esse potuit, ut parte bonorum filiabus relicta ad hasce ex bonis familiæ assignatis nihil pertinere voluerit.

Ex † potentia enim causæ arguitur potentia effectus, *l. 3. §. filiusfamilias de pecul. l. Cancellaverat. de his quæ in testam. del. l. cujus effectus de reg. jur. in 6.* 37

Neque enim tempore posterioris testamenti à pristino testatoris amore in familiam quippiam remissum, quantumvis is posthumam adhuc filiam expectaret, sed illum potius auctum esse, atque propterea jura familiæ atq; agnationis conservationem & incrementum maximopere considerasse, ex ipsis testamenti verbis liquidò apparet, ut vel ob hanc testatoris intentionem pro filio fratris respondendum sit.

Nam quoties † apparet, testatorem ad agnationem habuisse respectũ, tum pro agnatis contra filias interpretationem faciendam esse, firmat *Alex. cons. 52. nu. 11. vol. 4. Socin. sen. inter cons. Curt. sen. cons. 40. idem Curt. cons. 51. Paris. cons. 2. col. pen. & cons. 108. n. 29. vol. 3. Beroui cons. 112. n. 19. vol. 2.* 38

Hæc etiam verisimilis mens disponentis vigesimò clarius deprehenditur ex consideratione ætatis filiarum. Duæ enim illæ, quæ tempore prioris testamenti extabant, jam tum adultæ & propè nubiles erant, & propterea ad hoc, ut juniore 20. annum attingente conditio fideicommissi eveniret, paucorum annorum intervallum expectandum fuit: unde apparet, testatorem usumfructum prædii A. ad exiguum tantum tempus filiabus relinquere voluisse, quantumvis præter istud nulla alia bona haberet: qua etiam de causa alteram præterea conditionem addidit, ut, si ante 20. annum nuberent, ususfructu caderet. Contra verò filia quam testator posterioris testamenti tempore expectabat nondum nata, post obitum demum ejus posthuma edita fuit. Quomobrem si conditiones prioris testamenti etiam ad institutionem ex prædio B. in posteriore factam referendæ essent, tum filiæ prædium istud nod exiguo tempore,

pore, de quo testator in priore testamento senserat, sed integros 20. annos obtinerent, neque fratris filius ejus capax esse posset, priusquam toti anni præteriissent. Quis autem quæso recta mente præditus persuaderi sibi patietur, testatorem, qui eo casu, quo omnia sua bona ad agnatos transtulit, horum usumfructum exiguo tantum tempore ad filias pertinere voluit: eundem deinde bonis auctum illa inter filias & agnatos dividentem, horum, quæ agnatis assignavit, usumfructum filiabus totos viginti annos relinquere voluisse, ut proinde istud verisimile planè non sit, atq; propterea minimè admittendum.

39 In cujusvis † enim dispositionis interpretatione id potissimum attendendum, quod est verisimile, *l. in obscuris. de regul. jur. c. inspicimus. eod. tit. lib. 6. Mevius. in princ. de legat. 2. ubi quod verisimile non est incredibile censetur. cap. quia verisimiliter. de præsumt. l. Non est verisimile. quod met. caus.* Nam verisimilitudo est cognata naturæ, *ut ait Bald. conf. 180. volum. 3.* Quod autem verisimile non est, falsitatis imaginem esse, *dixit idem in l. 1. col. 4. C de serv. fugitiv. quem refert Jas. in l. si extraneus. n. 7. de condict. caus. dat.*

Ex eadem consideratione vigesimò primò liquidò apparet, conditionis hujus statum, qui fuit tempore prioris testamenti, si illa ad posterius etiam testamentum accommodanda esset, plurimum differre à posteriore. Quare hanc etiam ob causam conditio ista ad institutionem posterioris testamenti referri non debet. Cum relatio nunquam fiat ad ea, quæ diversam & separatam habent rationem per jura suprà adducta.

Quinimò hæc ipsa status mutatio, quæ non solùm in personis filiarum, & ætate earum, sed & in bonis testatoris, ac diversa hæredum institutione, atque insuper multis aliis in rebus suprà consideratis cõtigit, testatoris voluntatem circa conditiones priori testamento annexas immutatam liquidò arguit, *argum. l. in confirmando. cum seq. & ibi not. Bart. de confirm. tut. l. Paul. Calimach. §. 1. & l. cum quis decedens. §. 1. de legat. 3. l. Mavia. §. fin. de ann. leg. Alex. & Jas. in l. Quod Servius de condict. caus. dat.* 40

Præsertim verò in dispositionibus relatis ad certas personas & ad certum tempus, *ut per text. in l. cum quis in Princip. de solut. not. Paul. de Castr. ibi quem refert Simon de Prat. cons. 117. nu. 22. cum aliis qua copiosè in hanc sententiam congerit Tiraq. in l. si unquam. in præfat. n. 169. C. de revocat. donat.* ubi post multa concludit, nihil esse tàm præcisum, firmum & immobile, quin statu ejus mutato aliam etiam interpretationem recipiat.

Id quod in proposito (vigesimò secundò) vel ideò magis obtinet, quoniam hæc duo, ut quis re aliqua exiguo temporis spacio utatur (quemadmodum in priore testamento dispositum erat) & ut in multos annos utatur (sicuti contigeret, si conditio prioris testamenti ad posterius referenda esset) simul consistere non possunt, sed invicem pugnant. Non igitur alterum ad alterum referri poterit, cum relatio nunquam fiat ad ea, ex quibus contrarietas aliqua resultaret per jura suprà citata.

Secundum hæc etiam vigesimò tertiò relatio ista minus conveniret verbis posterioris testamenti, dum in eo disponitur, fratris filium post obitum testatoris prædium B. occupare debere. Quomodo enim hoc commodè fieri posset, si p ost 20. demum annum finito usufructu filiarum hujus prædii capax esse deberet, cum tamen idipsum quod prædium hoc occupare debeat, bis repetitum sit, atque hæc etiam geminatio præcisam mentem disponentis denotet, *l. Balista. junct. gl. ad Trebell. l. si mulier. C. ad Vellejan.* & propterea verba ista eò magis ita accipienda, ne supervacanea & frustrato-

ria

ria sint, sed effectum sortiantur, *l. si quando de leg. 1. l. fundus qui locatus. de fund. instruct. cum similib.*

Considerandum est præterea vigesimò quartò, quod si prædium B. demum post 20. annum ad fratris filium pervenire deberet, hanc ipsam institutionem facilè eludi posse,

41 Non † solùm propter ea, quod jura hoc ipsum, quod alteri usus rei ad annos 20. conceditur, pro alienatione reputant, *Bart. in l. codicillis. §. institut. de legat. 2. Alex. in l. si filio. § si vir in quinquennium. col. fin. solut. matrim. & in consil. 17. nu. 10. vol. 4. Decius cons. 142. num. 3.* Sed etiam quia interim vel fratris filius mortem obire vel alia contingere possent, ut prædium istud minus obtineat: Cum tamen testator tantà diligentia eum instituerit, & propter ea etiam fratri antetulerit, atque insuper ex testamento manifestum sit, quanto amore prosecutus fuerit agnatos, usque eò, ut eorum potiorem duxerit rationem quàm filiarum. Non itaque credibile est, eum hanc institutionem in tam longum tempus differre & tot incertis casibus illam intercipientibus expositam voluisse. Nunquam enim ea admitenda est interpretatio, per quam dispositio reddatur elusoria, sed hæc semper tenenda, per quam illa effectum sortiatur, *l. quoties. de rebus dub. l. 3. de testam. milit. l. Divus. de usu & habitat.*

42 Quinimò † præsumtio ista, quæ sustinet actum, & inde desumpta interpretatio ita fortis est, ut omnibus aliis conjecturis prævaleat. *quemadmodum post alios sensit Decius in c. quoniam Abbas n. 16. de offic. de legat. & in cons. 294. nu. 45. Roland. à Vall. cons. 61. n. 27. vol. 3. Rimin. jun. cons. 275. n. 16. & 77.*

Denique cùm hactenus tàm ex claris verbis testamenti quàm etiam ex omnibus qualitatibus hujus negocii abundè firmatum fuerit, testatorem minimè fratris filium sub conditione priore testamento addita, sed potius purè instituere voluisse, certè neque relativorum neq; aliorum verborum interpretatio tantùm valere poterit, ut melior sensu existat, *l. 3. C. de lib. præterit.* sed huic apertæ menti atq; voluntati testatoris insistendũ omninò erit.

Nam etiam † in specie traditum est, verba relativa contra mentem disponentis nihil posse operari, *Oldrad. cons. 152. n. 2. Paris. cons. 68. nu. 43. vol. 3. Alciat. cons. 96. nu. 20. Cravett. cons. 70. n. 9. Socin. jun. cons. 81. num. 19. vol. Menoch. cons. 220. n. 85. & cons. 334. n. 12. Becc. cons. 101. n. 80. Rimin. jun. cons. 606. n. 24.* 43

Neq; sanè mirum, cum, sicut aliàs in testamento voluntas testatoris primum locum obtinet, *l. in conditionib. de condit. & demonstrat. l. Ex facto. de hæred. instit. l. cum quæstio. in fin. C. de ll.* Ita etiam omnis relationis vis ac potestas à testatoris voluntate dependeat, *Menoch. cons. 334. n. 12.* Ex quo etiam accommodari huc poterit trita illa juris regula, quæ docet, voluntatem & mentem potius testatoris, quàm verba spectanda, *l. si ancillas de legat. 1. l. quisquis de verbor. signif. l. Haredes mei. § cum ita ad SC. Trebellian.*

Nam hæc quoq; exigit, ut verba ista relativa potius juxta mentem testatoris quam juxta eorum figuram interpretentur. Quod cum fit, ut omnes prudentes & circumspectos facturos planè non dubitamus, liquidò inde constabit, verba hæc ad conditiones prioris testamenti utpote penitus sublatas & immutatas neutiquam pertinere, neq; adeò illas circa institutionem Titii repetitas, sed hanc potius purè factam esse.

Ex his, quibus sententiam nostram abundè firmavimus, non erit difficile respondere ad omnia ea, quæ ex parte filiarum adducta fuerunt. Nam ad verba relativa primò considerata quod attinet, omnibus illis rationibus, quibus ostensum fuit, conditiones primi testamenti ad institutionem posterioris non pertinere, convincitur etiam verba hæc relativa minimè eò referenda esse. Ut igitur illas summatim colliga-

ligamus, hoc potissimùm notandum, quod, ut suprà etiam monuimus, in priore testamento non solùm fideicommissum cum conditionibus eidem annexis (de quibus jam nobis sermo institutus est) comprehensum fuerit, sed & testator multa alia ad conservationem familiæ & agnationis & quomodo bona sua ab uno agnato ad alium transire atq; hac ratione in familia conservari debeant, disposuerit, & in hoc quidem summum studium atque operam collocaverit. Nam hinc manifestum est, etsi verba relativa ad conditiones fideicommissi non referantur, ea nihilominus vim ac proprietatem suam in eo retinere, quod omnia ea quæ pro familiæ conservatione in priore disposita fuerunt, ad institutionem etiam posterioris testamenti trahenda & referenda sint.

Unde porrò sequitur, verba illa eò minus ad conditiones fideicommissi necessariò pertinere, sed de iis, quæ de bonis in familia conservandis dicta fuerunt, intelligenda esse.

Idq; primò ob hanc causam, quia si testator fratris filium ex conditione prioris testamenti fideicommissarium potius quàm hæredem instituere voluisset, istud sanè (præsertim juxta alias qualitates hujus facti suprà consideratas) ejusmodi fuisset, quod peculiari & speciali expressione indiguisset.

44 Generalis † enim relatio nunquam ea comprehendere solet, quæ speciali nota digna sunt, *l. item apud Labeonem. §. ait prætor, de injur. c. quamvis. de præbend. lib 6. c. sedes de rescriptis Jas. in l. 1. not. 3 solut. matrim. Abb. in c. at si Clerici. nu. 24. de judic.*

Secundò, quia ex verbis suprà consideratis manifestum est, testatorem, quæ circa institutionem sua fuisset mens atq; voluntas, quod item filiabus præstandum sit, satis declarasse, atque hisce testatum fecisse se fratris filium absq; conditione purè instituere voluisse. Non itaq; verba relativa hunc effectum habere potuerunt, ut institutionem, quam testator pu[...] esse voluit, conditionalem redda[...] sed potius ad alia, de quibus in p[...] testamento dictum fuit, referen[...] runt, cum generalis relatio nunq[...] † comprehendat ea, de quibus ex[...] sè dispositum fuit, *Bart. in l. 1 §. [...] rinde quod vi aut clam. & in l. talis [...] ptura de legat. 1. Alex. cons. 56. col. [...] 2. Socin. sen. cons. 22. Decius cons. 11. [...] Corn. cons. 200. vol 3. Paris. cons 39. [...] & cons. 88. nu. 32. vol. 1. Berous cons[...] nu. 3. vol. 2.*

Tertiò, quia alioqui relatio ista [...] rimum adversaretur naturæ ins[...] tionis purè factæ, ut suprà prolixius [...] monstratum fuit. Generalis † enim [...] latio ad ea pertinere non solet, qua[...] turæ dispositionis adversantur, *l. [...] dum. de contrah. empt. Bald. in l. à proc[...] tore. C. Mandat. Cravett in consil. pro g[...] ro n 318. Bursat. cons. 131. n 86.*

Quartò, quia institutio ista pr[...] puè consideratione familiæ & in [...] favorem, minimè autem in filiaru[...] commodum facta est, ut ita ipsa su[...] cta materia postulet, relationem ill[...] de iis duntaxat intelligendam, [...] pro familiæ conservatione in prio[...] testamento disposita fuerunt, mini[...] verò de iis, quæ ad filiarum comm[...] pertinent, per jura in sexto fundam[...] to adducta.

Quintò, quia alioqui ex relatio[...] illa sequeretur effectus contrarius [...] de quo ibi testator principaliter dis[...] nere voluit.

Relatio † autem quantumvis ge[...] ralis ad ea non pertinet, per quæ [...] unum finem inducta contrarium i[...] ducerent, *Socin jun. cons. 145. n. 12. vo[...] Cravett. cons. 70 n. 7. cum aliis suprà in [...] timo fundamento adductis.*

Sextò, quia varia & multiplex ex [...] latione ista resultaret contrarietas, [...] ex suprà deductis apparet. Nunquam [...] enim relatio quantumvis generalis [...] ea refertur, per quæ sibi contrarius v[...] semetipsum quis corrigere videret[...] per jura superius citata.

Sep[...]

Septimò, quia si conditiones prioris testamenti ad institutionem posterioris referri deberent, hæc utpote ex die facta, minimè subsisteret, in generali autem repetitione nunquam censentur repetita ea, quæ vitiarent actum, per ea quæ in 15. fundamento firmata fuerunt.

Octavò, quia etiam alias inter conditiones in priore testamento appositas & inter institutionem posterioris manifesta subest diversitas. Relatio autem nunquam ad ea fieri debet, quæ habent separatam rationem per jura in nono fundamento allegata.

Nonò, quia causa illa, propter quam conditiones illæ in priori testamento annexæ sunt, cessat in posteriori. Nam sicut quævis alia dispositio, quantumvis generalis, ex causa interpretationem recipit, ita vel maximè relatio generalis, per ea quæ in 18. fundamento firmata fuerunt.

Decimò, quia totum fideicommissum prioris testamenti atq; adeo ipsa substantia illius dispositionis cum omnibus ab ea dependentibus qualitatibus penitus immutata est, ut suprà demonstratum fuit. Non itaque relatio ista ad ea, quæ penitus immutata sunt, pertinere poterit, cum sicut non entis nullæ possunt esse qualitates, ita nec ea, quæ immutata sunt, repetita esse possint, ut in decimo fundamento probatum fuit.

Undecimò, quia alioqui per relationem istam penitus nova institutio & novum fideicommissum, de quo in neutro testamento nihil quicquam dictum fuerat, introduceretur, cum tamen relatio ejus efficaciæ esse non possit, ut novam dispositionem præter ea, quæ in relato continetur, introducat, *ut post Decium cons. 362. suprà in decimo quarto fundamento ostensum fuit.*

Duodecimò, quia etiam alias multas ob causas suprà consideratas conditiones fideicommissi prioris testamenti institutioni posteriori rectè accommodari nequeunt. Relatio enim quantumvis generalis, ad ea pertinere non solet, quibus commodè adaptari non potest, *Bart. in l. 1. §. lex Falcidia. ad l. Falcid. Alex. cons. 81. n. 10. vol. 6. Decius d. cons. 362.*

Decimò tertiò, quia tam ex verbis posterioris testamenti, quàm etiam ex multis circumstantiis suprà consideratis demonstratum est, testatorem minimè sub conditione prioris fideicommissi, sed potius hoc penitus sublato purè instituere voluisse fratris filium. Contra hanc igitur voluntatem testatoris satis manifestam, verba relativa nihil operari poterunt. Cum relatio etiam contra præsumptam voluntatem testatoris locum habere non soleat per ea, quæ suprà copiosus deducta fuerunt.

Quibus denique omnibus speciatim accedit, quod in priore testamento testator eò loci, ubi de casu, quo prædium A. defuncto fratris filio ad nepotem ejus & hoc etiam mortuo ad alios agnatos perveniret, disposuit, iisdem relativis verbis usus fuit, quod videlicet ista bona omni supradicto modo & conditione obtinere debeant (vnd sol die fürbenanten Güter / jedoch alles obbeschriebener massen / condition vnd Ordnung bekommen / so bald aber nach seinem Tode sollen berürte Güter an den eltesten nach jhme obgeschriebener massen kommen vnd fallen) & tamen extra omnem dubitationem positum est, cum hisce relativis minimè conditiones illas priori institutioni additas, sed potius ea intellexisse, quæ pro familiæ conservatione disposuerat, secundum hanc itaque loquendi consuetudinem à testatore usurpatam etiam in proposito verba ista relativa potius de iis, quæ in gratiam familiæ in priore testamento ordinaverat, quàm de conditionibus fideicommisso sublato annexis intelligenda erunt.

Una enim † pars testamenti declarat aliam, *l. qui filiabus in princip. l. si ser-* 48

vus plurium. §.*fin. de legat.* 1. & quoties apparet, quemadmodum testator sermone aliquo in una parte testamenti usus fuerit, eodem sensu etiam in alia parte testamenti usurpasse censetur, *Bart. in l. centurio n. 72. de vulg. & pupill. Angel. cons. 125. col. pen. Corn. cons. 90. col 3. vol. 3. Paris. cons. 8. n. 29. vol. 2. ubi ait, hoc communiter approbatum esse.*

Ad alterum argumentum à natura dictionum universalium desumptum quod attinet, istud omnibus rationibus jam enumeratis eodem modo refutari potest. Quibus enim ostensum fuit, clausulam hanc relativam ad institutionem priorem eidemq; annexas conditiones non pertinere, iisdem etiam probatur, neq; verba universalia vim suam eo porrigere posse. Ideoque etiam Interpretes in locis circa limitationes hujus regulæ suprà citatis de relatione verbis universalibus concepta loquuntur, neq; tamen propterea illam magis ad casus exceptos pertinere concludunt.

49 Nam & † aliàs de verbis ejusmodi universalibus traditum est, illa nunquam tàm universaliter intelligenda esse, quin secundum subjectam materiam & naturam rei, de qua proferuntur, interpretationem & restrictionem recipiant, *glos. in l. promittendo. in princip. in verb. conditionis in fin. de jur. dot. & in l. emancipati & ibi Bartol. de adopt. & in l. 1. C. de sacros. Eccles. & in l. omnes & ibi Angel. C. sine censib. Bart. in l. quæ habebat de legat 3. Bald. in l. A. procuratore C. Mandat. & in cons. 67. col. 2. vol. 3. Alex. cons. 208. col. pen. vol. 2. & cons. 25. col. 4. Decius in l. 1. n. 14. C. qui admitti. & in cons. 477. n. 11. Barbat. cons. 1. col. 5. vers. & licet statutum vol. 2. Ruin. cons. 41. n. 5. vol. 2. Socin. sen. cons. 47. n. 6. vol 1. Socin. jun. cons. 148. n. 39. vol. 1. Berous cons 43. n. 20. vol. 2 Nevizan. cons. 92. n. 31. Sylvan. cons. 56. nu. 19. Calcan. cons. 1. colum. 15. Gemin. consil. 29. circ. fin. Cravett. cons. 171. n. 13. & 186. num. 5. & cons. 144. n. 3. & in cons. pro genero nu. 318. Cephal. cons. 371. n. 35. Menoch. d. cons 54. Rimin. jun. cons 19. n. 57. & 606. n. alii citati à Cacheran. in pædem. dec n. 9.* ut rectè Calcan. in citato lo xerit, hanc regulam esse Theolog & procedere in omni materia, refert Rimin jun. *cons. 679. n 50.* que pleriq; ex his etiam de eo ca quantur, quo verba universalia mine prolata sunt, distinctione prà traditam non usque adeo ptam esse apparet, sicuti nec etia la probabili ratione nititur. Qui tius contra rectius alia generalis la constituitur ab Interpretibus, lum verbum adeo esse universa præcisum, quin ex consideratio circumstantiarum civiliter intelli commodam interpretationem pere debeat, sive ab homine sive ge proferatur, *ut not. Dd. in l. stipu sum domum. de verb. oblig. Jas. in l. q cunq. in princ. n. 4. eod. tit. & per mult ra probat Oldrad. cons. 148. nu. 7. & 208. n. 1. quem post alios quem allega fert Nevizan. cons. 40. n. 12. decis. Pe 40. n. 20. & decis. 169. n. 9. ubi plures c Cravet. cons. 462. n. 23 Rimin. jun. cons 4 103. & cons. 216. n. 46. & cons. 604.* Ex c rectè dixit Alciat. *cons. 371. n. 9.* num se approbasse opinionē illam mo norum dicentium, hominis dispo tionem non restringendam esse.

Sic † etiam restringuntur verba niversalia, ut intelligantur eo respe quo sunt prolata, *per suprà adducta q bus adde l. profectitia §. fin. de jur. dot. Cr vett. cons. 16. n. 3.*

Item † limitantur ex causa ob qua exprimuntur, *Bald. in l. 3. §. Ex hoc edict Naut caupon. Cravett. cons. 221. n. 12.* Q verò respectu & quam ob causam ha verba relativa à testatore prolata sin suprà abundè ostensum fuit: Quamo rem quibus rationibus firmatum fu illa ad conditiones prioris testamen non pertinere, iisdem docetur etiam verba hæc generalia restringenda ess ne illas comprehendant

Et quicquid tandem vel ex relativis vel etiam universalibus verbis colligi poterit, tamen in hoc negocio rectè definiendo oculi non tantum inten-
52 dendi in verba † illa, quorũ captionib. sæpè voluntates disponentium impediuntur; *l. 1. in fin. C. ut action. ab hæred. & cont. hæred.* sed omnibus consideratis circumstantiis quid juris rationi maximè conveniat ex personis causisq; variè constituendum est juxta præceptum JCti Celsi *in l. in fundo alieno. de rei vendicat.* quod pulchrè observavit etiam Triphon. *in l. bona fides. deposit.* qui licet videat, quid sit respondendum, si contrahentium personas tantummodò intueatur, aliud tamen totius rei æquitatem considerans statuit. Hoc cum fiet, dubium non est, quin aliæ hujus negocii qualitates suprà adductæ omnem illam dubitationem, quæ ex his verbis oriri posset, facilè eximant.

Quod verò tertiò præsupponitur, quasi in posteriore testamento nihil reperiatur, quo conditiones prioris immutatæ essent, abundè à nobis jam demonstratum est, rem aliter sese habere, & posterius testamentum manifestam in se continere derogationem ejus, quod in priore hac de re dispositum erat. Non solùm igitur cessant regulæ in contrarium suprà adductæ, sed magis etiam nobiscum faciunt verba formalia testamenti, quibus ea tantum ex priore testamento rata ac firma esse jubentur, quæ in posteriore non mutatur, ut illa suprà considerata fuerunt.

Sic etiam geminationis consideratio quarto loco facta opinionem contrariam parum adjuvare potest Nam cum satis jam ostensum sit, testatorem neq; verbis ullis relativis, neq; finalibus, neq; etiam ullis aliis fideicommissum prioris testamenti & eidem annexas conditiones repetere voluisse; licet igitur illa millies repetita fuerint, præter id quod testatorem sensisse apparet, nihil operari possent. Geminatio enim † non auget principalem dis- 53
positionem, *l. qui bis idem. de verb. oblig. Decius cons. 60. in fin.* Et quando in geminato actu eadem militat ratio, quæ in simplici, tum geminatio nihil operari solet, *l. doli mali. §. diversum. de novat. Aretin. in l. si quis cum aliter. col. pen. de verb. oblig. cum aliis adductis à Cephal. cons. 142. num. 54. & seq.* præsertim † ve- 54
rò præter ea, quæ aliquem sensisse apparet, nullum effectum habere potest, *c. si quis juratus. 2. quæst. 3. Felin. in c. fin. col. 1. de offic. deleg. Rip. in l. 1. n. 18. C. de pact. Roland. à Vall. cons. 8. num. 33. vol. 1.*

Regulæ verò quintò adductæ opponitur alia magis cõmuniter approbata, quâ † traditur, (*b*) conditionem 55
sive onus in testamento uni disposi- (*b*)
tioni additum ad aliam non facile extendendum esse *l. sub conditione. de hæred. instit. & l. si quis hæres. de acquir. hæred. Bart. in l. si mater. §. 1 in fin. de vulg. & pupill. Socin. in l. quæ conditionum. num. 4. de condit. & demonstrat. Com. cons. 38. Jas. cons. 227. volum. 2. Decius cons. 294. num. 8. Paris. cons. 38. num. 24. volum. 2. Rub. cons. 31 num. 5. Socin. jun. cons. 180. num. 43. & cons. 185. num. 12. vol. 2. Cravett. cons. 98. num. 13. & cons. 161. num. 11 Roland. à Vall. consil. 56. num. 24. vol. 3. Gabriel. cons. 95. num. 13. Menoch. cons. 216. n. 29. & cons. 315. n. 12. & cons. 327. n. 26.*

Idque † locum potissimum habet, 56
quando inter illas dispositiones (ut in proposito luculenter apparet) aliqua subest diversitatis ratio, *l. si cum dotem. solut. matrimon. l. si ita quis cum glos. l. commodissimè. de vulgar. & pupill. Bart. in l. Gallus. § quid si tantum n. 12 de lib. & posthum. Alex. cons. 1. n. 11. vol 1. Socin sen. cons. 259. col. pen. volum. 2. Berous cons. 63. nu. 29. vol. 2. Cravett. cons. 67. n. 6. Menoch. cons. 130. num. 14. & cons. 243. num. 30.* Jura etiam, quæ pro hac regula adversaria citata fuerunt, parum huc faciunt.

Nam † textus *in l. Latinus de legat. 2.* 57
de ejusmodi facti specie loquitur,

qua is cui fideicommissum certa conditione relictum erat, hæredi qui fideicommisso gravatus fuerat in eadem re fideicommisso relicta, in casum, quo is hæres non esset, substitutus erat, atq; inde concludit, conditionem fideicommisso additam in substitutione repetitam videri. Ideoq; etiam Bartol. ex illo textu colligit, conditionem adjunctam fideicommisso intelligi repetitam in substitutione facta circa idem de eadem persona. In proposito verò in fideicommisso prioris testamenti & institutione posterioris non de una & eadem re agitur: Sed fideicommissum ad prædium A. institutio verò ad prædium B. pertinet: atq; insuper in posteriore testamento duæ diversæ institutiones in diversis bonis factæ continentur, cum econtrario in priore tantummodò de prædio A. disponatur. Deinde inter substitutionem dependentem à prima institutione, de qua loquitur textus & institutionem penitus novam: Item inter fideicommissum prioris testamenti & institutionem posterioris maxima subest diversitas, ut ab uno ad alterum tanquam à diversis nihil inferri possit. Præterea in illo textu conditio addita fuit in favorem fideicommissarii & substituti, cum hic in maximum ejus incommodum cedat, atq; insuper quod maximum est, *in dict. l. Latinus.* tàm institutio cum onere fideicommissi facta, quàm etiam substitutio ei subrogata, vigorem suum obtinet, & res omnis ab eo tantummodò dependet, utrum institutus adire velit hæreditatem nec ne. In proposito verò fideicommissum prioris testamenti penitus est sublatum. Nullo igitur modo huc accommodari potest responsum JCti *in d. l. Latinus.* de cujus pleniore intellectu videantur Menoch. *cons. 152. n. 37. & cons. 393. nu. 41. Socin. jun. cons. 157. n. 11. 13. & 20. vol. 2.* Ut interim omittamus alias rationes, quibus suprà firmavimus, repetitionem istam in proposito locum habere neutiquam posse.

Textus verò *in l. fin. §. Scio. de legat. 2.* potius contrarium probat, conditionem videlicet repetitam non videri. 58
Quæ † autem *ex l. Mulieri. de condit. & demonstrat.* utroq; in loco tradit Bartol. illa locum duntaxat habent quando duobus hæredibus conjunctim institutis alteri eorum in uno eodemq; sermonis contextu conditio fuit addita, secus quando id oratione diversa & separata factum fuit, *ut declarat Bartol. in l. Seia Caia. in 1. opposit. de fund. instruct. Castrens. cons. 16. in fin. vol. 2. Corn. cons. 129. in fin. vol. 2. Alex. cons. 66 n. 6. vol. 3. Menoch. cons. 393. n. 68.* Deniq; Bartol. *in l. in repetendis. de leg. 2.* ubi materiam repetitionis examinat, (c) tot ferè casus recenset, in quibus repetitioni locus non est, quot ponit, in quibus ea locum habeat: (c)
potius igitur illis quàm his propositam facti speciem annumerare licebit, præsertim propter rationes atq; circumstantias suprà consideratas. Hæ enim ita manifestæ atq; firmæ sunt, ut quæcunq; in medium afferri posset repetendi ratio, illam omnem destruant penitus atq; evertant. Sextum etiam argumentum facile refutari potest. Nam etsi verum quidem sit, testatorem disposuisse, ut si vidua filium vel filiam post humam editura esset & prædium B. hæredis nomine administrare vellet, quod hoc quamdiu in viduitate permaneret, integrum esse deberet, ita ut administrationis suæ rationem reddat. Tamen cum expressè addiderit, hæredis nomine, in ejusq; commodum hoc fieri debere, videndum antè omnia est, de quo hærede intellexerit. Jam verò ex verbis testamenti liquidò apparet, ex prædio B. minimè filias, sed tantummodò filium posthumum, si nasceretur, vel eo non extante, fratris filium Titium hæredem institutum. Quare etiam dispositio ista de nullo alio quàm alterutro

utro horum intelligi poterit. Cumq; administratio ista in commodum hæredis cedere debeat, manifestum est, nihil inde ad filias ex hoc prædio minimè institutas pertinere, neq; etiam illas quicquam impedire, quò minus institutus hæres statim prædium hoc occupare possit, ut voluerat testator. Tantum n. abest, ut simplex ejusmodi administratio obstaculo sit, quò min. interim hæreditatem adeat hæres, ut etiam ipsa, quia nomine hæredis fit, aditionem hæreditatis præsupponat. Quod ut manifestius fiat, ponamus, filium posthumum natum esse. Hic certè nemo tàm perfrictæ frontis fuerit, qui asserere deberet, interim dum vidua bona hæc administraret, filium hæredem non esse, sed usumfructum hujus prædii ad filias pertinere. Si itaq; tum dispositio ista hunc sensum habitura non esset, utiq; nec eo detorqueri poterit, quo filio non extante fratris filius hæres institutus est, siquidem hic in eum eventum non minus ac filius institutus fuit, & administratio viduæ in hujus utilitatem æquè ac in filii, si extaret, cedere debet. Neq; refert quicquam, quod in hac clausula etiã illius casus, quo vidua posthumam enixura esset, mentio fit. Non n. inde inferre licet, quasi etiam in filiarum commodum viduæ administratio cedere & propterea ad illas ususfructus prædii pertinere deberet. Idq; primò ea de causa, quia de filia ista in conditione tantùm dictum fuerat. Positi enim in conditione vocati esse non censentur, *l. ex facto. de hæred. inst. not. gloss. & Dd. in l. Lucius. de hæred. inst. Idq; communiter approbatum esse ait Alex. cons. 66. nu. 5. vol. 2.* Deinde quia testator in singulari numero de hærede locutus fuerat, cum interim filiarum tres sint, & si de his intellexisset testator, plurali numero utendum fuisset, singularis n. numerus non nisi in uno verificari potest, plures verò abhorret, *c. gaudemus. de divort.* præterea quia ex verbis institutionis manifestum est, filiam minimè in prædio B. sed tantummodò in prædio A. Titium verò in illo institutum fuisse. Nam cum † institutio hæ- 59
redis principalis & potissima pars sit cujuslibet testamenti, potius secundũ illam omnes aliæ clausulæ testamenti intelligendæ sunt, quàm ut hæ illam immutare debeant. Cum præsertim hanc ipsam clausulam ad executionẽ institutionis præcedentis additã fuisse ex eo appareat, quod in ea hæredis cõmodum consideratum fuit. Clausula
† enim addita ad executionem princi- 60
palis dispositionis eandem non solet immutare, *Clem. l. de præb. not. Innoc. in cap. quoniam Abbas col. fin. de offic. deleg. Felin. in c. licet. col. 4. vers. quarta declaratio. de offic. ord. Decius cons. 193 & cons. 305. nu. 7.* Quinimò ex verbis hujus dispositionis liquidò constat, testatorẽ eò potissimùm respexisse, quemadmodum viduæ administrationem bonorum ita relinqueret, ne tamen propterea hæredi prima instituto quippiam decederet, qua de causa etiam voluit, ut administratio illa in hæredis commodum cedere & ratio eidem reddi debeat. Quare vel hac de causa eò minus ex verbis hisce quippiam desumi potest, quod priori institutioni adversaretur, & in filiarum cõmodum tenderet, sed ea potius capienda est interpretatio, per quam hæredi instituto jus suum integrum & salvum conservatur. Principalis enim intentio † disponentis in qualibet dispositione spectanda est, *l. si quis nec causam. ubi not. Jas. & Dd. si cert. petat.* præ- 61
sertim verò ea, quæ in unum finem inducta sunt, contrarium operari non debent, *l. legato inutiliter. de adim. legat. l. quod favore. C. de ll.* Quod si quis præterea rationem desideraret, cur testator etiam in casu, quo filia nata foret, administrationem viduæ nihilominus reliquerit, si nihil ex prædio illo ad filiam pervenire debet. Huic responderi potest, id fortè ideò factum,

quia

quia mariti majore plerumq; amore & favore prosequi solent uxores, cum quibus liberos procreant, quàm steriles, ut etiam sacræ scripturæ exempla testantur. Utut tandem res sese habeat, quia tamen ex præcedente institutione de voluntate testatoris liquidò constat, quem hæredem ex prædio B. institutum esse voluerit, nihil certè ex sola hac filiæ mentione inferri poterit, quod huic testatoris voluntati derogari possit.

62 Cum † potius admittatur, verba supervacanea esse, quàm ut inde contra voluntatem disponentis ex aliis indiciis apparentem aliquid inferre liceat, *ut sensit Alex. in l. verbis civilibus. in 2. not. de vulgar. & pupill. Decius cons. 362. Cravett. cons. 35. nu. 31.*

63 Deniq; † filiarum favor ultimò consideratus parum urget. Nam ut huic argumento locus esse posset in casu dubio, in quo de alia voluntate testatoris non appareret: Ita quoties constat (ut in proposito manifestum est) testatorem magis ad familiæ conservationem, quàm ad filias respectum habuisse, tum secundum hanc disponentis mentem ea est facienda interpretatio, quæ in agnatorum potius quàm filiarum commodum cedat, *ut declarat Alex. cons. 52. n. 11. vol. 4. Paris. cons. 12. col. pen. & cons. 108. n. 29. vol. 3. Berous cons. 112. nu. 19. vol. 2.* Ubi concludunt, quando apparet, disponentem familiæ & agnationis duxisse rationem, tum semper pro agnatis interpretationem faciendam esse contra filias. Huic præterea filiarum favori in ista facti specie hoc ipso abunde satisfactum est, quod cum antea ex prædio A. tantummodò exigui temporis usumfructum consequerentur, nunc istud totum obtineant cum magna insuper pecuniæ summa, ut proinde vel hac de causa filiarum favorem eò minus eatenus extendere liceat, ut hæredi instituto prædii sui usus adimatur, contra mentem atq; voluntatem testatoris tàm ex manifestis verbis testamenti, quàm ex aliis conjecturis suprà consideratis liquidò apparentem.

Cum itaq; ex parte filiarum in medium nihil afferatur, quod aliquem jure movere posset, in posteriore sententia persistimus. Quam ideo prolixius firmare placuit, quoniam licet hæc etiam multorum eruditorum calculum meruerit, plures tamen τὸ ῥητὸν verborum relativorum tantummodò pertinacius urgentes, priori adstipulatos fuisse deprehendimus. Uter igitur rectius senserit, judicent eruditi, modò JCtorum Celsi & Triphonii Consilium secuti, non nudum relativorum verborum sonum tantùm aures sibi obdurare sinant, sed consideratis omnibus circumstantiis, quod juris rationi maximè conveniat, ex personis causisq; definiant.

Interim † omnes illos, qui ad testantium vel aliorum disponentium voluntates conscribendas adhibentur, monitos velim, ut cum videant, quantas in proposita facti specie sola illa relativa verba turbas dederint, ab ejusmodi sermone ambiguo abstineant, & potius mentem disponentis verbis claris, quoad ejus fieri possit, exprimant. Hac enim ratione & negociis rectius consulere, & ne verborum captationibus disponentium voluntates intervertantur, cavere poterunt. 64



ADDI-

ADDITIO

Simonis Ulrici Pistoris Hartm. F.

(*a*) Sic sub his verbis referentibus: modis & formis prout in antiquis investituris continetur: non cōprehendi pacta in antiquis investituris contra naturam feudi in gratiam certæ personæ apposita, & ob id morte illius extincta docet *Bursat. cons. 131. n. 85. fac. not. Latiss. à Tiraq. in l. si unquam in præfat. n. 169. C. de rev. donat.*

(*b*) Magis ad rem facit, quod vulgò traditur, conditionem seu qualitatem positam in primo testamento nō censeri repetitam in secundo, ut post Dyn. trad. *Bart. in l. Statius. Florus in pr. de jur. Fis. Alex. cons. 70. lib. 2. Barbat. cons. 59. n. 12. lib. 1.* & pluribus firmat *Menoch. de præsumt. lib. 4. præsumpt. 176.*

(*c*) Vide eandem accuratè explicatam apud *Cacheran. decis. 52. Pet. Joan. Anchor. lib. 2. quæst. 53. Joa. Marc. Aquilin. in l. Gallus §. Et quod si tantum, vers. & quid si. nu. 40. cum seqq.* maximè *num. 56. cum seqq. & num. 63. Menoch. de præsumt. lib. 4. præsumt. 176. cum seq. & præsumpt. 180. 181. Caballin. Milleloq. 143. Peregrin. Cavalcan. de usufr. mul. nu. 139. cum seqq. Baldum. c. 5. Morl. in empor. jur. tit. 8. quæst. 22.* qui plenissimè omnia complectuntur.

QUÆSTIO XXX.

DISPOSITIO SEU ONUS FILIIS INJUNCTUM, QUATENUS pertineat ad nepotes, latissimè discutitur.

SUMMARIA.

1. Filiorum appellatione an & quando nepotes comprehendantur, dubia & anceps quæstio, quæ facilius ex facto quàm in genere deciditur. Et propriè quidem ac regulariter non comprehenduntur nu. 3. & asserens eos comprehendi debet probare nu. 4. Quod quamvis in dispositionibus favorabilibus controversum sit n. 5. In onerosis tamen communiter receptum est n. 6. adeò ut ne quidem interpretatione eò perduci debeat n. 6. & 28. etiamsi onus non ipsos liberos sed tertium aliquem concerneret nu. 7. Conjecturis tamen quibusdam induci potest, ut comprehendantur n. 10. maximè in testamentis num. 11. præsertim ubi eadem subest ratio n. 16. ut in prohibitione alienationis favore familiæ n. 17. Declaratur n. 48. aut ut æqualitas inter liberos servetur n. 18. & iniquitas vitetur n. 30. declaratur n. 49. aut si verba tractum futuri temporis contineant n. 19. declaratur n. 50. aut ne nepotes melioris conditionis sint quàm filii n. 20. Declaratur n. 51. Conjectura tamen hæc ex ipsis verbis testamenti

menti apparere debent num. 22. & fortior earum probatio requiritur cum regulæ adversentur num. 24. nunquam verò nepotes hoc nomine veniunt, quando apparet testatorem in aliis testamenti partibus separatim de nepotibus disposuisse, nec eos sub filiorum nomine comprehendisse n. 25. præsertim si nepotes tempore mortis testatoris nondum nati sint num. 27. aut dispositio de filiis loquens semel in his fuit verificata n. 39. aut ex verbis apparet, testatorem personas ipsorum filiorum in specie designasse num. 41. & seq. ut quando de fratribus inter se loquitur, nepotes enim fratres filiorum suorum non sunt num. 43. aut divisionem in capita fieri mandaverit n. 44. aut aliam qualitatem expreßit, quæ nepotibus non conveniat n. 46. aut filiorum appellationem sæpius ingeminarit n. 46.

2. *Axiomata generalia seu brocardica qui commenti sunt, malè de jurisprudentia sunt meriti.*

8. *Alienandi liberam facultatem impediens prohibitio odiosa est, nec filiis facta nepotes comprehendit.*

9. *Fideicommissa onerosa & odiosa sunt, nec nepotes comprehendunt.*

11. *Voluntas testatoris in testamentis potissimùm attenditur etiam conjecturata & à verbis aliena, præsertim in fideicommissis nu. 12. modò de ea clarè stet, sin minus potiora tamen sunt verba expressa n. 21. latiß.*

13. *Voluntatis quæstio difficilis & erroribus exposita.*

14. *In voluntate testatoris indaganda ratio dispositionis potissimùm valet.*

15. *Ratio ubi eadem est dispositio, omnia comprehendit, etiamsi verba non conveniant.*

18. *Æqualitati inter liberos servandæ jura maximè favent. Declaratur n. 49.*

20. *Voluntas testatoris secundum affectionem ipsius interpretanda est contra verba.*

21. *Verba potißimum in testatoris voluntate explicanda attenduntur.*

23. *Testator hæredem quàm minimum gravare voluisse præsumitur.*

24. *Probatio fortior requiritur ab eo, cui juris præsumtio adversatur.*

26. *Dispositio quantumvis generalis, de iis tantum casibus intelligitur, de quibus disponens verisimiliter cogitavit, quæ nec comprehendit præter opinionem emergentia.*

29. *Dispositio quælibet interpretanda, ne quid durum aut iniquum inde resultet, etiamsi verba essent improprianda.*

31. *Pluralis quandoq; resolvitur in singularem, id tamen non nisi ex aperta & verisimili mente disponentis fit nu. 32. nunquam autem contra mentem testatoris num. 37. nunquàm in materia odiosa nu. 33. aut quando inæqualitas & iniquitas aliqua inde resultaret num. 35. aut aliqua diversitatis ratio subesset nu. 36.*

36. *Dispositio testatoris de pluribus fratrib. alienantibus facta quatenus eum casum comprehendat, quando unus tantum alienat.*

34. *Alienandi potestate pluribus concessa unus tantum portionem suam alienare non potest.*

38. *De alienatione totius rei disposita an habeant locum alienata parte. Argumentum à toto ad partem non procedit, ubi est diversa ratio.*

40. *Conditio, si sine liberis decesserit, expirat onerato cum liberis decedente, licet hi postea sine liberis moriantur.*

42. *Verba:* Hæredes mei, *non comprehendunt hæredem hæredis.*

46. *Geminatio magis enixam disponentis voluntatem ostendit, nec verba sæpius iterata, interpretationem aliquam admittunt.*

47. *Interpretatio, per quam duplex improprietas induceretur, non admittitur.*

52. *Testator in portione relicta filio magis censetur diligere nepotes illius quàm proprios liberos.*

Quidam cum relictis liberis ex primo & secundo matrimonio & prædio quodam feudali, de quo fuerat investitus cum jure testandi, decederet, condito testamento, omnes suos liberos instituit, atque deinceps liberis primi matrimonii certam hæreditatis portionem assignavit. Filiis verò ex secundo matrimonio, quorum erant quatuor, Prædium R. dictum reliquit, filiabus ejusdem matrimonii in

in dote tantum institutis. Ac deinceps inter alia ita disposuit, quod si filii mei in R. prædium illud non poterunt conservare, sed illud cum suis pertinentiis alienaverint, atq; carius quàm 24000. florenis ita vendiderint, ut id, quod summam hanc excedit, quinq; millia & ultra attingat, tum id, quod ultra prædictam summam superest, in tres æquales portiones distribuere & duas quidem partes cum fratribus suis consanguineis (filiis ex primo matrimonio natis) secundum capita dividere. Tertiam verò partem omnibus sororibus, earundemq; liberis concedere debent; ita ut liberi tantum inde percipiant, quantum ad matrem pervenisset, si fuisset superstes. Sin autem venditionis precium dictã summam, quinq; millibus florenorum non superaret, tum id, quod summam illam excedit, cum sororibus ex utroq; latere cõjunctis (quarum quidem mortis tempore sex erant) pro rata personarum sive in capita ultra ea, quæ vigore hujus testamenti eisdem pro elocatione præstare tenentur, dividere debent. Mortuo deinde testatore, filii quibus præfatum prædium ex testamento obvenerat, illud annos aliquot in communi possederunt, ac deinde uno ex illis defuncto tres superstites, videlicet, Joannes, Martinus & Paulus, divisionem instituerunt; in qua, tertia illius prædii pars R. dicta, sorte obvenit Paulo minori natu Reliquæ verò partes illius prædii R. quia commodè divisionem non recipiebant, apud reliquos duos fratres pro indiviso permanserunt. Atq; hi quidem prædium istud R. sive duas illius partes aliquantisper ita simul possederũt, sed cum deinceps Joannes frater major natu ære alieno obrutus, illud conservare non posset, iterum divisione inita prædium istud Martino ea lege fuit addictum, ut is frati pro portione sua 10000. florenorum persolveret. Quo facto moritur deinceps Martinus, relictis post se aliquot liberis. Hi verò ob æris alieni onus è patre ipsorum relictum prædium amplius conservare non potuerunt, sed illud alienare fuerunt coacti, & quidem longe carius vendiderunt, quàm ab avo testatore, ut suprà dictum est, æstimatum fuerat. Quæritur igitur, utrum cum ad casum alienationis deventum sit, prædicta dispositio testatoris locũ inveniat, & filii Martini id, quod ultra 24000. floren. ex prædio vendito perceperant, vigore ejusdem dispositionis dividere cogantur, inita videlicet computatione pro rata harum duarum partium, quæ distractæ fuerunt.

Hujus casus decisio à trita & vulgata illa quæstione dependere videtur: An & quatenus dispositio de filiis verba faciens etiam nepotes comprehendat.

In qua † cum & Jurisconsulti ipsimet secundum propositam facti speciem ex circumstantiis ejusdem, modò in affirmativam, modò in negativam sententiam responderint, *ut apparet ex l. liberorum. l. filii. l. justa. de verbor. signif. l. Lucius. de hæredum. instit. l. 1. junct. l. filium ad SC. Macedon. l. quod si nepotes. de testam. tutel. §. fin. Instit. qui testam. dar. tutor. poss. l. libertum. de excusat. tutor. l. cum. acutissimi. Cod. de fideicommiss. cum simil.* Et juris Interpretes haud parum sibi constantes juxta occasiones oblatas causis inserviendo in varias discesserint sententias, *ut testantur eorum scripta in d. l. liberorum. & in l. Galius §. instituens. de liber. & posthum. & in l. filiusfamilias. §. divi. de leg. 1. & aliis in locis in hanc sententiam copiosè congestis ab Ant. Gabriel. & in lib. commun. concl. lib. 6. de verb. signif. tit. 1.* (a) longè sanè difficilius est, quæstionem hanc in genere definire, *l. omnis definitio de reg. jur.* quam in singulis casibus de facto contingentibus quid juris sit, tam ex verborũ proprietate quàm ex mẽte disponentis aliisve circumstantiis statuere, prout animadvertit Corneus *cons. 290. vol. 4.* ubi ait, nisi in individuo aliæ concurrant conjecturæ, hanc

mmm quæ-

quæstionem propter varias sententias
Dd. & jura hinc inde urgentia adeò
esse dubiam, ut consultus aliquando
2 sese intromittere noluerit. Ut † pro-
inde rectè huc accommodari possit il-
lud, quod de ejusmodi quæstionibus
prudenter admonet Duarenus *in l. 1.
§. si stipulanti, de verbor. obligat.* Dum
ait, satis infeliciter operam suam mihi
collocare videntur, qui jus civile in
hujusmodi theses concludere student
quæ perplexitatem magnam ac con-
fusionem pariunt in juris disputatio-
nibus, nec firmi quicquam ac solidi
habent. Facilius enim est homini, qui
judicio præditus & mediocriter in ju-
re exercitatus sit, unaquaq; proposita
quæstione, quid juris sit, respondere,
quàm in universum de his rebus ali-
quid definire, quantumvis multas ex-
1 ceptiones, & exceptionum exceptio-
nes comminiscantur. Hoc igitur con-
silium secuti, omissis illis, quæ ex va-
riis Interpretum doctrinis in utram-
vis partem facilè adduci possent, ea
tantum, quæ à Doctorib. communiter
approbata, ad nostrum propositum
pertinere videbuntur, in medium af-
feremus, & cum in cujuslibet disposi-
tionis interpretatione tàm verba pro-
lata, quàm etiam mens atq; voluntas
disponentis, vel inde vel ex aliis con-
jecturis desumenda, in consideratio-
nem veniant, de utroq; sigillatim vi-
debimus.
3 Ad primum † quod attinet, hoc
quidem negari non poterit, filii appel-
latione etiam nepotes sæpe accipi, *ut
ait Papirius referente Calistrato in d. l. li-
berorum. de verbor. & rer. significat. Et
est text. in l. filii. & in l justa. eod tit. cum
simil.* interim tamen extra omnem cō-
troversiam positum est, id magis, *ut
inquit Julianus in d. l. justa,* interpreta-
tione quadā ex negocii propositi qua-
litate atq; circumstantia desumpta,
quàm ex propria significatione voca-
buli evenire, atq; adeo vocabulum fi-
liorum sua vi nepotes minimè cōpre-
hendere, sed regulariter de filiis tan-
tùm accipiendum. Hoc enim & ipsa
vocabulorum diversitas demonstrat,
cum aliter filii, aliter nepotes apellen-
tur, *ut ait Ulpian in d. l. quod si nepotes. de
test. tut. facit text. in l. filium definimus, de
his qui sunt sui vel alien. jur. & junct. not.
in l. si idem. C. de. Codicill.* atq; hinc filiis
institutis nepotes instituti minimè cē-
seantur, *l. Gallus in princip. § 1. & 2. de
lib. & posthum. l. 2. C. de lib. & posthum.*
Et uno ore omnes ferè Interpretes cō-
cedunt. *Hoc enim clarè docuit gloss. in d.
l. filii. & in clem. 1. in verb. liberi. de Ba-
ptis. Dyn. in d. l. juxta. per illum textum,
quem refert & sequitur Bart. in d. l. libe-
rorum n. 3. & ibi etiam Alciatus, Bald. in
l. maximum vitium col. 4. vers. ex præ-
missis. D. de liber. prater. & in l. Gallus §.
Instit. de lib. & posthum. Ludovicus Rom.
cons. 438 in fin. ubi ait, hanc esse commu-
nem usum loquendi. Alex. cons. 1. nu. 14.
vol. 1. cons. 17. n. 4. vol. 5. & cons. 125. nu.
12. eod. vol. cons. 27. num. 6. & 16. vol. 6.
Corn. cons. 90. vol. 3. & cons. 304. eod. vol.
& cons. 182. vol. 2. & cons. 199. col. 11. eod.
vol. & cons. 132. vol. 2. Autor consilii, quod
est relatum inter Bart. Socin. cons. 152. cui
astipulantur multi præclari JCti in subscri-
ptionibus ibi annexis, & in prima subscri-
ptione asseritur, hanc esse cōmunem omniū
opinionem, idem tenet Francis. Curt. sen.
cons. 45. in fin. col. 10. & Decius cons. 95. n.
50. ubi ait, hanc opinionem in p. juris verio-
rem videri. & cons. 545. n. 9. Marian. Soc.
cons. 108. nu. 19. vol. 2. & cons. 111. nu. 29.
vol. 1. Curt. jun cons. 57. n. 6. ubi ait, hanc
conclusionem communiter esse approbatam
Gozad. cons 36. n. 9. Thobias Non. cons. 33.
nu. 13. ubi hanc opinionem communem esse
testatur, & eandem multis comprobat Zas.
cons. 7. vol. 1.* Ex quo fit, ut quotiescun-
que non alia subest conjectura, ex qua
disponentem de filiis, etiam de nepo-
tibus sensisse verisimiliter colligi pos-
sit, appellatione filii nunquam nepo-
tes veniant, neque ad hos disposi-
tio de filiis facta extendatur. Tum
quia in dubio standum est verbis,
neque ab eorum proprietate est re-
cedendum, *l. non aliter, de legib. 3. 1. §.*

Is qui

Is qui navem. de exercit. action. Tum etiam quia in rebus dubiis pro regula semper judicandum, *ut not. in Rubr. de reg. jur. & in l. 2. si quis in jus voc. non ierit. Et in l. suus quoq;. vers. Pater. de hæred. instit.* Et hoc in terminis nostris sensit. *Alex. d. cons. 1. n. 14. vol. 1. Francisc. Curt. sen. d. cons. 45. Bart. Socin. d. cons. 182. cum subscriptionibus ibi annexis. Corn. d. cons. 90. vol. 3. & d. cons. 132. vol. 1. & d. cons. 182. vol. 2.* ubi inde concludit.

4 Quod † illi, qui hoc casu asserit, disponentem aliter sensisse, probatio incumbat, *Decius d. cons. 95. Marian. Socin. d. cons. 108. n. 20.* ubi ait, quod ubicunq; cessat intentio disponentis, tum talis interpretatio, ut videlicet appellatione filiorum nepotes comprehendantur, non sit facienda, sed potius standum proprietati sermonis, *idem docuit Gozad. d. cons. 30. & alii in locis jam adductis, quos etiam sequitur Mandosius in addit. ad Roman. cons. 438. lit. E.* ubi hinc ait, ut unico tantum verbo concludam, vera est opinio, quod nunquam filiorum appellatione veniant nepotes, nisi de mente loquentis aliter appareat. Hoc enim communis usus loquendi suadet, *juxta text. in d. l. quid si nepotes de testam. tutel.*

5 Et licet † circa ea, quæ de proprietate & item lata interpretatione vocabuli filiorum diximus, magna sit inter juris Interpp. contentio, an non in casu, quo dispositio favorem & commodum filiorum atq; adeo nepotum cõcernit, id quod de filiis dicitur, etiam de nepotibus interpretandum, magis quàm ut propria illius vocabuli significatio tenenda sit. Quibusdam existimantibus, ex hoc ipso, quod de commodo filiorum & nepotum agitur, rectè colligi, disponentem etiam de nepotibus sensisse, & hanc ejus præsumtam mentem jam dictæ interpretationi locum facere, *ut docuit Bart. in d. l. liberorum nu. 5. & in d. l. Gallus. §. Instituens. Alex. cons. 9. n. 1. vol. 1. ubi istam opinionem communem dicit & cons. 5. nu. 10. vol. 3. & cons. 37. n. 8. vol. 6. ubi Molinaus addit hanc esse veram opinionem, Alex. licet, aliquando causa inserviendo aliter dixerit, & quod tota pene jurisprudentia antiqua & moderna hanc opinionem sequatur ait Barbat. cons. 10. nu. 9. in fin. vol. 2. Jas. cons. 52. vol. 3.* Et eam communem testatur Decius *cons. 391. n. 5.* Quibusdam verò contra sentientibus, dispositionem de filiis verba facientem non ex eo solùm, quod eorum & nepotum favorem concernit, ad nepotes extendendam, sed ex suprà dictis nihilominus de filiis tantùm accipiendam, nisi aliæ insuper accesserint conjecturæ, ex quibus de alia mẽte disponentis appareat, prout sensit *Joan. de Imol. in d. §. instituens. l. Gallus de lib. & posthum. Bald. in l. suis col. fin. de lib. & posthum. Roman. d. cons. 438. in fin. Aretin. cons. 143.* ubi ait, quando nulla alia accedit conjectura, tum hanc opinionem magis esse juridicam, & opinionem Bartoli tum demum procedere, quando alia supervenit conjectura de mente testatoris, *Alex. cons. 17. vol. 5. Corneus d. cons. 109. col. 11. vol. 2. & dict. cons. 182. eod. vol.* Et hanc opinionem magis communiter approbatam dicit *Bart. Soc. cons. 104. nu. 1. vol. 3. Dec. d. cons. 95. & d. cons. 545.* In hanc sententiam etiam inclinat Marian. Socin. *cons. 114. n. 31. & cons. 111. n. 29. vol. 1.* ubi relatis opinionibus in neutra pedem figere audet, sed vim omnem in conjecturis cõsistere existimat, & pluribus firmat Zasius *d. cons. 7. vol. 1.* cum aliis in utramq; opinionem adductis *per Gabriel. in suprà dicto loco,* qua varietate Dd. motus Corn. *d. cons. 290.* scriptum reliquit, hanc quæstionem in genere ita esse disputabilem, ut quis non peccaret, si alterutri harum opinionum inhæreret. In hoc tamen † 6 omnes nemine refragante cõveniunt, quotiescunq; versamur in casu, quo dispositio filiis sive nepotibus est onerosa, sive in ipsorum incommodum cedit, quod tum nisi ex aliis conjecturis liquidò appareat, disponentem etiam

iam de nepotibus sensisse, appellatione filiorũ non solùm ex propria ipsius significatione nepotes non veniant (quod quidem regulare esse jam ostendimus) sed nec etiam interpretatione aliqua (quam admittendam quandoq; suprà diximus) ad nepotes dictio illa extendenda, atq; adeò simpliciter de filiis primi gradus tantum, non autem de nepotibus accipienda sit. Hoc n. dilucidè docuit *Bart. in d. l. liberorum. nu. 3. quem sequuntur communiter Dd. in d. §. Instituens. & in d. l. filiusfamilias §. divi. de legat. 1. & Paul. de Castro. cons. 97. vol. 2.* ubi *num. 3.* ait, hoc constare, quod appellatione filiorum non veniunt nepotes ex proprio significatu, nec etiam ex interpretatione in quacunq; dispositione legis vel hominis, quando non tractatur de ipsorum nepotum commodo, sed de gravamine, *Alex. cons. 37. cons. 140. vol. 6. Francisc. de Curt. d. cons. 45. col. 9. & hanc conclusionem non habere contradicentem inquit Decius d. cons. 95. n. 3. & cons. 218. & cons. 287. Paris. cons. 31 vol. 2.* Et quod omnes illi, qui cum Bartolo, ut paulò antè dictum fuit, tenent, in favorabilibus appellatione filiorum etiam nepotes venire, in materia onerosa aliter sentiant, atq; adeò nulla sit in hoc discordia inter scribentes, sed omnes conveniant, dicit Franciscus Curt. jun. *cons. 111. num. 2. & cons. 135. in fin.* circa quod advertendum, plerosq; Interpretes hanc doctrinam ita accipere, ut etiam
7 procedat, quotiescunq; † ex eo, quod filiorum appellatione nepotes comprehenduntur, non quidem ipse filius sive nepos, sed tertius quidam onere aliquo gravaretur, licet alioqui dispositio illa in commodum filiorum sive nepotum tenderet, *ut patet ex dictis Bart. in d. l. liberorum dum respondit ad d. l. quod si nepotes. de testament. tutel. Dec. d. cons. 95. & Alex. d. cons. 1. vol. 1. Corn. d. cons. 199. lib. 2. ubi dicit, multos Italiæ Dd. in hanc sententiam consuluisse, Bart. Socin d. cons. 104. vol. 4. & Gozad. d. cons. 36. nu. 5. Thob. Non. d. cons. 33. nu. 22. & nu. 26.* Qui omnes inde referunt; quod licet filii sint substituti per fideicommissum, & hoc casu de eorum & nepotum commodo agatur, tamen ex quo respectu alterius gravati per fideicommissum, dispositio hæc onus in se continet, nepotes substituti, nisi alia accesserit conjectura, non comprehendat. Multò igitur magis idem in eo casu obtinebit, quando ut in proposito filii ipsi sunt gravati, atq; adeo dispositio ipsorum atq; nepotum detrimentum concernit, *prout hoc animadvertens ita arguit Curt. jun. d. cons. 111.* Et omnes hoc casu concludere, quod filiorum appellatione nepotes non contineantur, ait Thob. Nonius *d. cons. 33. nu. 25.* Et latius patet ex authoribus paulò post allegandis.

His ita ex communi Dd. sententia generaliter constitutis, haud erit difficile, inde dijudicare, an in casu proposito dispositio testatoris ex verborum, quibus usus est, vi atq; proprietate nepotes comprehendat. Loquitur n. testator tantùm de filiis, de nepotibus verò ne verbum quidem hoc casu facit. Evidens est igitur, dispositionem hanc ad verba ipsa quod attinet, nepotibus minimè convenire, cum præsertim onus & gravamen filiis injungat, atq; incommodum & detrimentum eorum concernat. Non solùm n. liberam alienandi facultatem impedit, sed etiam fideicommissi onus filiis in casum alienationis imponit, quorum utrumq; odiosum est, & quò minus, dispositio de filiis facta ad nepotes extendatur, obstaculo est.

Nam † de dispositione prohibente alienationem quod ea, veluti liberam alienandi potestatem impediens odiosa sit, *l. dudum C. de contrah. empt. l. 2. si quis à parent. manum l. testam. centurio. de manumiss. test.* atq; adeo nepotes minimè comprehendat *per tert. & quæ ibi not. gloss. in §. Nos igitur. in Auth. de restitut. fideicommiss. docent communiter* 8

Dd. in

Dd. in l. filiusfamilias. §. *divi. de leg. 1. quos consulendo in his terminis secutus est Paul. de Castr. cons. 340. num. 14. vol. 2. Alex. cons. 36. n. 14. vol. 3. & cons. 55. nu. 21. & cons. 59. n. 20. eod. vol. & cons. 140. lib. 6. Jason. cons. 96. nu. 1. vol. 3. Decius cons. 637. Curt. jun. cons. 135. in f. Marian. Socin. cons. 163. vol. 2. ubi n. 9.* hanc conclusionem communem esse docet, ut interim aliorum autoritates omittamus, qui in aliis materiis hanc doctrinam obiter adducendo secuti sunt, *de quib. Tiraq. de retract. convent.* §. *1. gl. 6. nu. 23.*

9 Sic etiam † de fideicommissis, quod illa onerosa plerunq; esse soleant, *l. cohered.* §. *cum filia. de vulgar. & pupill. substit. l. quoniam in prioribus C. de inofficios. testament. l. precibus. C. de impub. & aliis substit.* ac propterea ad nepotes non sint extendenda, *docuit Bart. in d. l. liberorum. quem sequitur Paul. de Castr. in d. cons 97. & cons. 131. n. 2. vol. 2. Franc. Curt. latè d. cons. 45. Corn. d. cons. 282. & d. cons. 199. vol. 2. Decius d. cons. 95. & cons. 218. & cons. 211. n. 9. & cons. 377. n. 3. Paris. cons. 31. n. 16. & cons. 89. vol. 2. Cephal. cons. 107. nu. 16. & seqq. lib. 1.* ubi licet primò dixerit, communem opinionem esse, quod in fideicommissis filiorum appellatione veniant nepotes, tamen illud deinceps declarat, ut procedat tantùm, quando agitur de fideicõmisso excludendo, secus verò quando de fideicommisso inducendo *& cons. 268. n. 8. Thob. Non. d. cons 33. nu. 22. & 26.* ut proinde ex hisce omnibus sine hæsitatione concludendum sit, in proposita facti specie nepotes sub prædicta dispuratione testatoris minimè cõprehendi, neq; eam ad ipsos pertinere, sed quod potius ea non attenta prædium liberè alienare possint.

Superest, modò ut secundum mẽbrum hujus consultationis nostræ aggrediendo videamus, an nihilominus aliquæ adsint conjecturæ, ex quib. colligi possit, testatorem idem, quod de filiis disposuit, etiam de nepotib. sensisse, & siquidem de tacita sive præsumta hac testatoris voluntate verisimiliter apparuerit, eam ad hoc, ut dispositio illa de filiis facta, etiam de nepotibus accipiatur, sufficere, neq; ulterius de jam dicta verborũ proprietate, quid ea denotet, admodùm curandum esse videtur. Est enim pro regula traditum: Quod † ubicunq; ex conjecturis apparet, quem idem quod de filiis expressè dixit, etiam de nepotibus sensisse, tum semper appellationem filiorum etiam nepotes comprehendantur, *ita per text. in l. Lucius. de hæred. instit. docet Bald. in l. 1. circ. fin. C. de his qui ant. apert. tab. Aretin. cons. 145. Bart. Socin. cons. 152. Corneus d. cons. 290. vol. 4. Curt. sen. cons. 80. Curt. jun. d. cons. 111. & d. cons. 114. & cons. 116. Paris. cons. 75. n. 66. & cons. 78. n. 11. vol. 2. Marian. Socin. d. cons. 114. n. 31. vol. 1.*

Idq; † cum in cæteris etiam dispositionibus, quæ alioqui strictè interpretandæ sunt, locum habeat, utiq; multò magis in ultimis voluntatibus procedet. In testamentis enim voluntas testatoris primum locum obtinet, *l. in conditionibus primum locum. in princ. de testam.* Et totum facit, *ut inquit JCtus in l. Ex facto circ. med. de hæred. instit.* Et sola dominatur, & regit omnia, *l. cum quæstio. in fin. C. de leg.* Idq; non solùm procedit in casu, quo testator voluntatem suam verbis satis expressit, sed etiam quando mens ejus ex his, quæ in testamentis disposita leguntur, probabili conjectura colligi potest, *l. quidam testament. de Vulgar. & pupill. l. cum in testamento. de reb. dub. l. quæsitum* §. *Mævi. de leg. 3. l. voluntatis. C. de fideicommiss.* Quinimò etsi verba testatoris aliud præ se ferant, potius voluntati ejus verisimiliter collectæ contra verborum proprietatem stãdum erit, quàm verbis inhærendum, *l. Publius.* §. *Titia, ibi verba quidem videntur repræsentare, sed non videtur verisimile de condit. & demonstrat. l. 3.* §. *conditio. ibi melius est sensum magis quàm verba amplecti, de adim. leg. l. quoniam indignum. C. de testament.* 11

Non n. verborum interpretatio valere tantùm debet, ut melior sensu existat, *ut rescripsit Imper. Justian. in l. 3. C. de lib. præter.* Ideoq; optimum esse respondit Pædius, non propriam verborum significationem servari, sed imprimis quid testator demonstrare voluit, *prout enim refert JCtus Paulus in l. cum de lanionis. §. Item Cacabos de fund. instruct. & instrum. legat.* Et hinc reprobata opinione Labeonis, qui verborum figuram secutus est, veriorem esse sententiam Proculi amplectentis mentem testantis, existimat Jabolenus *in l. quisquis mihi. de verbor. significat.*

Atq; hæc quæ de amplectenda voluntate testantium diximus, potissi-
12 mùm † in fideicommissis, de quibus jam verba facimus, locum habent. Nam & in his præcipuè voluntas testatoris spectanda & servanda est, *l. cum virum. C. de fideicommiss. l. pen. de leg. 1. l. fideicommissa. §. item si quis de leg. 3.* Non solum ea quæ verbis quibuscunq; exprimitur, *l. Pamphilo in princ. & ibi Bart. in l. fideicommissa. §. Hæc verba. de leg. 3. & l. 2. in fin. C. commun. de leg.* Sed etiam quæ ex probabilib. conjecturis tacitè colligitur. *l. cum proponebatur. l. Miles ad Sororem. l. unum ex familia. §. fin. l. Titia cum testament. §. Titia cum nuberet. de leg. 2. l. cum Avus. de cond. & demonstr. l. Hæred. mei. §. cum ita. ad Trebell.*

13 Est † tamen circa hanc voluntatis investigationem diligens circumspectio & cautio adhibenda, cum voluntatis quæstiones plerunq; difficilimæ sint, & sæpius interpretando voluntatem testatoris, quia animum ejus non videmus, errare solemus, *ut admonet Bald. in l. precibus col. 7. vers. Dixi ergo. C. de impub. & aliis substit.* Quod dictum utpote in practica signandum refert *Jas. in l. licet Imperator nu. 18. de leg. 1. Decius cons. 89. num. 2. Et Cravett. cons. 99. nu. 16.* ut proinde in ejusmodi voluntatis quæstionibus locum inveniat id, quod ex Græco versu de Divinatione dicit Cicero, benè qui conjiciet, vatem hunc perhibebo optimũ. Ac prima quidem fronte in sententiã affirmativam, & ut testatorẽ id, quod de filiis disposuit, etiam de nepotibus sensisse existimemus, movere nos posset ratio, qua testator † verisimiliter 14
ductus onus hoc filiis injunxit. Nam hæc ad colligendam voluntatem disponentis plurimum momenti afferre solet, quippe cum ea in quavis dispositione animæ instar obtineat, *cap. sedulo. 35. q. 2. not. Bald. in l. si quis servo C. de furtis.* atq; adeò secundum rationem, quà quis motus fuit, verba potissimùm sint interpretanda, *l. adigere. §. quamvis. de jure patronat. l. Milites agrũ in princ. de re militari. c. secundò requiris. de appellat.* Et omne id, quod sub illa comprehenditur, disponentem sensisse, verisimile fit, *l. scire oportet §. aliud autem. de excusat. Tutor. quem text. ad hoc. not. Bald. ibi inquiens, quod mens & ratio idem sint not. Ang. in l. prætor ait §. 1. de opor. nov. nunciat. allegans etiam textum in l. credendum. qui pet. tutor. refert Curt. sen. cons. 80. col. 3.* Potuit autem in proposito testator duplici potissimùm de causa moveri ad dispositionẽ hanc, vel quia voluit hoc onere injuncto filiis secundi matrimonii impedimentũ quoddam objicere, ne prædium relictum facilè alienent, sed illud potius in familia ipsorum conservent, vel cum liberis primi matrimonii certam & quidem minorem portionem quàm filiis secundi matrimonii reliqui esse, filias verò in dote tantum instituisset, ut id, quod jam dicti liberi antea min. perceperunt, hoc commodo veluti recompenset, atq; adeo æqualitatem inter liberos constituat. Sed utraq; harũ rationum non filiis solùm, sed & nepotibus convenit, consequens igitur videtur, testatorem idem de nepotib. quod de filiis sensisse, & inde dispositionem hanc ad nepotes extendendam esse, cum regulariter quævis dispositio † ex ratione generali ge- 15
neraliter etiam accipiatur, & omnibus casibus, quibus ratio illa convenit locum

locum habeat, *l. cum pater. §. dulcissimis, de legat. 2. l. cum Mulier. solut. matrim. l. regula. §. cum quis. de jur. & fact. ignor.* Nulla verborum habita consideratione, *c. Marchio. 1. q. 7. c. intelligentia de verbor. signif.* Nam sicuti anima corpori præfertur, sic ratio præfertur verbis, *d. c. sedulo. 35. q. 3.* Et effectus verborum semper trahitur ad limitationem rationis, non autem econtra, *ut per text. in d. §. dulcissimis & in l. nomen filiorum §. fin. de leg. 3. inquit Angel. in d. l. Prætor ait. §. 1. de oper. nov. nunciat.* Estque hoc, quod de generali ratione diximus, usque adeo verum, ut dispositio ex vi rationis omnes casus eidem convenientes in se comprehendere censeatur, nec ulla opus sit extensione, *ut docet glos. in c. 1. in verb. Italia, de tempor. ord. in 6. & in c. si postquam in verb. mente de election lib. 6. Cald. cons. 1. in tit. ut lite pendente Paris. cons. 13. n. 46. vol. 1.* Quemadmodum enim genus omnes species in se comprehendit, sic ratio generalis diversas species casuum emergentium complectitur, ut hi omissi minimè dicantur, *ita ait Bald. in l. de quib. col. 5. de ll. quod dictum refert Paul. de Castr. cons. 441. pro declaratione col. penult. ad fin. lib. 1. Decius in d. c. secundò requiris. Cravett. cons. 183. nu. 3. Cephal. cons. 16. n. 10. vol. 1.*

16 Atque † hinc in terminis nostris, quod ubicunq; eadem subest ratio, tum dispositio de filiis facta etiam in nepotibus locum habeat, docuit *Roman. cons. 129. Alex. cons. 5. n. 3. Paris. cons. 75. nu. 12. vol. 2. & plurib. firmat. Curt. sen. d. cons. 80.*

Comprobantur hæc magis in specie iis, quæ de alienationis prohibitione à testatore facta, tradūt *Dd. in d. §. divi*

17 Nam ibi docent: Quod etsi regulariter prohibitio † alienationis filiis facta ad nepotes non extendatur, tamen quando apparet, ideo testatorem alienationem prohibuisse, quia voluit, ut bona illa in familia sua conserventur, tum ex hac ratione etiam nepotes comprehendat. *Quam doctrinam etiam consulendo secutus est Paul. de Castr. cons. 401. vol. 2. Rom. cons. 457. circa propositam consultationem, Bart. Soc. cons. 43. viso testamento vol. 3. Corn. cons. 38. col. 2. vol. 2. Dec. cons. 182. Paris. cons. 32. vol. 1. & cons. 92. n. 51. & cons. 63. vol. 2. & cons. 1. n. 38. cons. 7. n. 18. cons. 50. in fin. vol. 3. Rubeus Alex. cons. 53. Curt jun. cons. 43. col. pen. Jo. Crot. cons. 13. n. 36 Mar. Socin. cons. 181. num. 36. & seq. vol. 2.*

Sic etiam de altera ratione ex æqualitatis consideratione desumta, in specie quod † videlicet dispositio æqualitatis gratia à testatore facta hujus æqualitatis conservandæ causa ad nepotes extendatur, docuit *Alex. cons. 5. n. 7. vol. 3. & Curt jun. cons. 111.* Jura enim æqualitati maximè favent, *l. illud in fin. C. de collat. l. cum Pater. §. evictis ubi gl. not. de leg. 3.* & testatorem id potissimum, quod ad conservandam æqualitatem inter liberos spectat, voluisse præsumunt, atq; hinc dispositionem ejus sæpissimè coarctant atq; extendunt. *l. quæsitum. §. sed & ipse Papinian. de fund. instruct. l. fin. & ibi not. C. com. utriusq. jud. not. Bart. in l. si pater, in pr. ff. de donat. cum aliis in hanc sententiam adductis per Aret. cons. 1, col. fi n. Bart. Soc. cons. 108. in fin. vol. 3. ubi ait, Legislatores ob æqualitatem servandum sæpissime recedere à Regulis juris, Decius cons. 59. n. 3. Mar. Socin. cons. 180. nu. 60. vol. 2.* Quamcunq; igitur ex prædictis rationibus amplexi fuerimus, videtur inde dispositio testatoris, de qua in proposito verba facimus, ex ejusdem rationis generalitate non minus in nepotibus, quàm in filiis locum habere. 18

Idq; in † casu nostro vel ideo magis obtinere videtur, quoniam verba testatoris in futurum eventum videlicet in casum quod alienationem deventum fuerit, sunt collata. Nam quod tum, quando verba in futurum concecepta sunt, nomine filiorum facilius veniant nepotes, per textum *in d. l. Titius,* docuit. *Joann. de Imol. in d. l. Gallus. §. instituens. de liber. & posthum.* 19

quem sequitur Alex. cons.9.num. 2. volum. 1. & d. cons.5.nu.9.& cons. 26.nu.5.vol.3. Dec. cons.391.nu.3. Curt. jun.cons. 139. nu. 22.ubi ait, hoc à Doctoribus communiter approbari, quod etiam testatur Goz.ad.cons. 4.n.13. & 31.& Marian. Socin.cons. 114. n. 31.vol.1.& Cephal.cons. 107.nu. 15.ubi ait, hanc conclusionem ex mente omnium indubitanter procedere.

20 Accedit † hisce alia conjectura ex testatoris affectione desumpta. Nam cum is propriis filiis injunxerit hoc onus, ut cogantur in casum alienationis certam pecuniæ summam cum fratribus atque sororibus dividere, utique videtur idem etiam nepotibus imponere voluisse, ne videlicet melioris conditionis sint nepotes, quàm filii, *Argum. l. si viva matre.C. de bon. matern.* Neq; verò hæc affectionis consideratio leve indicium præbet, cum regulariter voluntates testantium secundum affectionem eorundem interpretandæ sint, *l. qui liberis.* §. *Titius testamento.de liber. legat. l. cum avus. de condit.& demonstrat. l cum acutissimi. C. de fideicommiss.* usque eò, ut affectionem testatoris contra propriam verborum significationem sequi debeamus, *l. si servus plurium.* §. *fin de leg.1. d. l. si viva matre. Socin. cons.26.col.2. vol. 4. cum aliis ad hoc congestis per Cravett.cons. 62.* Et hoc argumento in terminis nostris utitur Alex. *d.cons.9.n. 2. vol.1.* ubi ex eo, ne filii deterioris conditionis sint, quàm nepotes, infert, dispositionem testatoris de filiis factam in nepotibus etiam locum habere. Hæc ferè sunt, quæ ancipitem alicui cogitandi curam afferre possent, an non testator idem, quod de filiis disposuit, etiam de nepotibus sensisse videatur, atq; hinc verba ejusdem etiam de his accipienda sint.

Verum enimverò utut hæc sese habeant, tamen iis atq; similibus, quæ in medium afferri possent, non obstantibus contrariam sententiam & juris rationibus, & tàm menti, quàm verbis testatoris, magis esse consentaneam arbitror. In hanc enim sententiam primò me vocat idipsum, quod de proprietate vocabuli filiorum suprà firmatum est. Nam cum vocabulum istud sua vi nepotes minimè comprehendat, sed de filiis tantum, nisi de alia voluntate disponentis ex conjecturis constet, sit accipiendum, in proposito verò ex toto testamenti hujus tenore nullum indicium appareat, unde deprehendi possit, testatorem etiam nepotes hoc onere gravare voluisse. Consequens sanè est, quæstionem istam ex proprietate verbi filiorum à testatore prolati definiendam atque hinc dispositionem testatoris tantùm de filiis esse accipiendam. Est enim generaliter non in aliis dispositionibus solùm, sed & in testamentis pro regula traditum.

Quod in † dubia voluntatis quæstione verbis potissimùm standum, neque de propria eorum significatione recedendum sit, *ut probatur in l non aliter. in princ.& in l. ille aut ille.* §. *cum in verbis. ff. de leg.3. l. si alii in fin. ibi, plus valeat scriptura de usufruct. leg. & in l. Gallus.* §. *quidam rectè. ibi ut ex eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit. de lib. & posthum. l. nepos, Proculo & ibi not. Alciat. de verbor. significat. & est textus jubens verba testamentorum subtiliter esse consideranda, in* §. *nos igitur in Auth. de restit. fideicom. quem ad hoc expendit Bald. in c.1. col.3. vers. post annum in tit. de feud. Guar. facit. text. in l. jurisgentium.* §. *pactorum & ibi not. Dd. de pact. & in l. ita stipulatus.* §. *Chrysogonus. de verb. obligat. & in c. fin. extr. de verb. signif.* 21

Sunt enim verba ad hoc potissimum adinventa, ut voluntatem dicentis demonstrent, *prout ait JCtus in l. Labeo* §. *idem Tubero. de suppellect. leg. & facit tex. in c. is autem. 22. quæst. 11.*

Neque ullum majus & significatius mentis humanæ est testimonium, quàm qualitas inspecta verborum, *ut dixit Cassiodorus, quem refert Bald. in l. generali-*

neraliter in prim. notab. C. de non numerat. pecun. & in l. ad cognoscendos C. de ingenuis manum. & in Rubr. ext. de testib. Jas. in l. 3. C. de lib. & posthum. Dec. in l. semper in stipulationib. n. 4. de reg. jur. Ideoque talis præsumitur esse voluntas, qualem verba declarant; *ut per not. in l. recusari. de acquir. hæred. & in c. porro. de Privileg. dixit Bald. in c. ultim. de auth. & usu pall. & probatur per text in c. cum dilecti. ibi ex tenore instrumenti evidenter apparet, quod hæc fuit mens & intentio. extr. de donat. & in c. petitio. ibi nos igitur ex tenore istius instrumenti liquidò cognoscentes, quod intentio fuit. de procurat. & in c. super. ibi intentionis igitur nostræ fuit, sicut ex tenore constitutionis potest liquidò deprehendi. de offic. deleg.*

Quamobrem etiam testatorem id sensisse verisimile est, quod verbis dilucidè expressit, contra verò quod prætermisit, ne voluisse quidem censetur, *ut est text. ex quo hoc not. Bald. l. 1. §. sin autem definientes. ibi si contrarium volebat testator, nulla erat difficultas scribere. C. de caduc. tollend. facit. text in l. 1. §. non dixit prætor. de acquir. hæred. & in l. 1. ibi utiq; enim scit prætor. si mens. fals. mod. dix. & in c. inter corporalia. §. ne quod: ubi hoc not. Bald. de translat. Episc.* ex quo dixit Bald. *in l. voluntatis C. de fideicom.* quod non sit credendum, testatorem quicquam velle nisi id, quod expresserit, *quod sequitur Socin. conf. 4. quæritur ad primum col. 3. vers. Non enim præsumere debemus, vol 4. Jason. cons. 143. col. 16. vers. nono & ultimò. lib. 2. & cons. 239. col. 4. vers 6. eod. lib. 2. Dec. cons. 89. n. 2. Antòn. Rubeus cons. 11. col. 2. Cephal. cons. 45. nu. 16. vol. 1. & cons. 46. num. 17. vol. eod.* ubi ait, quod à verborum significatione non sit recedendum, nisi de contraria mente constet manifestè; *Roland. à Vall. cons. 50. in princ. volum. 3.*

Neq; sane injuria. Nam si in ancipiti voluntatis quæstione à verbis discederemus, quia *ut ait Bald. in l. 1. col. 7. vers. modò sequitur alia. C. de confessis.* de mente hominis nullum est directum testimonium, sed soli Deo ea nota est, facilè contingere posset id, quod eleganter monet Cicero *in lib. 2. de divinat.* dum ait, multa incommoda sequi, si instituatur voluntatis quæstio, ut à scriptis recedatur. Nam & eos, qui aliquid scribant, non existimaturos id, quod scripserint, ratum futurum, & eos, qui judicent, certum quod sequantur, nihil habituros, si semel à scripto recedere consueverint. Atq; hinc generaliter receptum est, quod etsi in ultimis voluntatibus mens testantis nulla habita verborum ratione potissimùm consideranda atq; amplectenda sit, prout suprà multis probatum est, id tamen eatenus procedat, quatenus de hac voluntate testatoris ex verbis ab ipsomet prolatis dilucidè & evidenter appareat, & quod alioqui, nisi de mente ejusdem satis constet, à verbis minimè sit recedendum, *ut optimè probat text. in l. prædia §. liberta ibi. Respondi verbis, quæ proponerentur, contineri nisi manifestè contrariam voluntatem cohæredes approbent. de fund. instruct. & in l. 1. in fin ibi conditionem ascriptam fideicommisso defuisse manifestum est, nisi alia defuncti voluntas evidenter probetur. C. de condit. insert. & docet Bart. in l. in Ambiguo. de reb. dub.* ubi per text. *in d. l. si alii de usufruct. legat.* ait:

Quotiescunque non constat de voluntate defuncti standum esse propriæ significationi vocabuli, *idem sensit Bald. in l. 1. in fin. c. qui ante apert. tab. & in l. quidam cum filium. de hæred. instit. & ibi etiam Imol.* qui ait, per hoc limitari omnia jura mundi, quibus cavetur, voluntatem testatoris servandam, *quod referunt Alex. & Jason. in l. 3. C. de liber. præterit.* regulam illius text. quod videlicet voluntas testatoris magis, quàm verba, sit attendenda, declarant, ut tum demum procedat, quando de mente testatoris ex dispositione ejusdem potest constare.

Non

Non enim sufficit dicere, talem fuisse mentem, vel hoc voluisse testatorẽ, nisi hoc ipsum etiam disposuerit & de voluntate ejusdem ex verbis ab ipso prolatis verisimiliter apparuerit, *d. l. quidam cum filium. ubi hoc omnes not. de hered. instit. d. l. in Ambiguo. ibi neq; id quod vult, quia id non loquitur de reb. dub. l. pen. §. fin. ibi neq; probaverit quisquam nuda voluntate constitui testamentum. de bon. possess. contr. tab. d. l. Gallus. §. quidam rectè, ibi ut ex eo casu valeat qui ex verbis concipi potest l. jubemus. C. de test.*

Tum quia ex hoc ipso quod illud non dixit, ne voluisse quidem præsumitur, ut paulò ante probatum est.

Tum etiam etsi maximè voluerit, voluntas tamen hæc in dispositionem non deducta effectu prorsus caret juxta vulgarem regulam, quæ propositum in mente retentum nihil operari docet, *l. si repetendi. de condict. caus. dat. l. fin. C. de posthum. hered. instit. Bald. in l. 1. col. 9. vers. circa secundum capitulum. C. qui admitti. Jas. in l. 1. ff. de condict. caus. dat.* hanc limitationem ad prædictam regulam consulendo etiam secuti sunt *Alex. cons. 55. num. 8 vol. 3. & cons 139. col. 2. vol. 6. Socin. cons. 6. num 8. & cons. 69. in princ. & cons. 116. n 9 vol 3 ubi ait*, quod licet leges conentur servare voluntatem defunctorum, tamen in tantum noluerunt favere voluntati defuncti, quod sufficiat imaginari cum prudenti consideratione defunctum id voluisse, nisi ejus voluntas transiverit in dispositionem, *Curt. Sen. cons. 44. col. 11. in responsionibus ad secundum argumentum. Jason. cons. 143. n. 4. versic. nonò & ultimò. & cons. 220. vers. sextò multum me movet. lib. 2 Decius cons. 63 num. 3. & cons. 89. num 2. & 3. & cons. 201. n. 5. & cons. 211. num. 3. & cons. 248. Paris. cons. 86. nu. 31. & cons. 87. num. 17. & cons. 89. num. 9. cum seqq. vol. 2. Marian. Socin. cons. 185. num. 4. vol. 2. & hanc opinionem communem & indubitatam esse, dicit Philip. Port. cons. 43. num. 14.* inde inferens, quod nullæ conjecturæ possunt esse efficaces, nisi sint necessariæ & probabiles & expressè in testamentis inferantur, *quem refert Bursat. cons. 64. n. 2. & multis autoritatibus etiam firmat Roland. à Vall. cons. 36. vol. 3.* & in terminis nostris quod † dispositio de filiis facta ex præsumta mente testatoris ad nepotes non extendatur, nisi de hac ipsa voluntate testatoris ex verbis apparuerit, *docuit Alex. cons. 1. perspectis verbis testamenti in fin. vol. 1. Jason. cons. 29. vers. Quintò facit lib. 3. Barthol. Socin. cons. 62. n. 4. vol. 3. Decius d. cons. 95. in fin. cons. 218. n. 9. & cons. 277. n. 7. & 9. Paris. cons. 31. n. 12. vol. 2. Marian. Socin. cons. 111. nu. 27. vol. 1.* 22

At in proposito casu, ut tandem huic argumento finem imponamus, testator de filiis tantum loquitur, quam quidem dictionem nepotes, nisi ex conjecturis aliter suaderi posset, non comprehendere suprà demonstratum est, neq; verò ex aliis testamenti verbis ulla apparent vestigia, ex quibus verisimiliter colligi possit, eum aliud quàm verborum proprietas designat, sensisse, ac idem onus etiam nepotibus injungere voluisse. Consectarium igitur est, in proposito omninò verbis à testatore prolatis standum, neque latum, ut ajunt, ungvem ab iis recedendum, atq; hinc dispositionem istam de filiis tantum, de quibus loquitur, non autem de nepotibus, quorum nullam mentionem facit, intelligendam esse.

Præsertim verò cum hæc ipsa dispositio, utpote liberam alienandi facultatem impediens, atq; insuper fideicommissum inducens, filiis admodum sit onerosa & in magnum ipsorum incommodum cedat.

Nam quod hoc casu verbis testatoris magis, quàm his, quæ ex præsumta ejusdem voluntate sumuntur, insistendum, & voluntatis conjectura, qua nisus quis testatorem id quod de filiis dixit, etiam de nepotibus interpretari vellet, haud facilè admittenda sit,

sit, apparet ex iis, quæ suprà de significatione vocabuli filiorum firmavimus

23 Jura † enim præsumunt testatorem, quoad ejus fieri potest, minus gravare voluisse hæredem; *l. si ita scriptum. in fin. l. qui filiabus & ibi not. Paul. de Castr. de leg. 1. l. unum ex familia. §. si rem de leg. 3. l. cum quidam. de liber. & posthum. facit text. in l. si relictum. §. fin. eod. tit. & l. nummis. de leg. 3.* per quæ jura hoc docuit *Curt. sen. cons. 44.* ubi eo de casu loquitur, quando ut in proposito filiis hæredibus institutis filiabus dos saltem relicta fuit, & tamen concludit, interpretationem ita faciendam, ut filii eorundemq; liberi, utpote nepotes, minus graventur.

Quod ideò admonere volui, ne quis fortè æqualitatis rationem aliter sese habere existimet, quando inter ipsos liberos negocium agitur. Atque hæc quidem juris præsumtio, quæ nobiscum facit, non solùm probabile indicium nobis præbet, testatorem nepotes in proposito minimè gravare voluisse, sed & insuper difficiliorem probationem reddit ei, qui contrarium, testatorem videlicet, quod de filiis dixit, etiam de nepotibus sensisse, asserit, ita ut illi fides non sit habenda, nisi prius de hac testatoris voluntate manifestè docuerit.

24 Regulariter enim ad docendum id, cui † juris aliqua præsumtio refragatur, fortior requiritur probatio, *l. non est. l. fin. quod metus causa. l. ubi autem. de verbor. signific. l. 3. §. si cum de liber. homin. quæ jura ad hoc adducit Lucas de Penna. in l. quicunq. C. de Apoch. publ. lib. 10. & docet Decius in l. 2, nu. 14. C. qui testament. fac. poss. & cons. 175. num 5. & cons. 177.*

Ideoque quando cum aliquo facit juris præsumtio, tum is, qui contrarium asserit, magis evidenter illud probare debet, *ut not. gloss. & Dd. in l. transactione. C. de transact. Abb. in cap. Quia verisimile per illum text. de præsumt. Jas. in l. si extraneus. in 6. notab. de condit. ob caus. Craveti. cons. 6. n. 43. & cons. 129. n. 18. Cephal cons. 35. n. 12.*

Deinde hanc fuisse mentem testatoris, ut gravamen istud filiis tantùm, nepotibus verò minimè injungere voluerit, etiam inde apparet, quod non solùm in aliis testamenti capitulis, sed etiam in verbis hujus dispositionis ubicunq; non de filiis solum sed etiam de Nepotib. aliquid disponere voluit, tam filiorum quam etiam Nepotum in specie mentionem facit, utpote in verbis institutionum, ubi licet primum de liberis, quod tamen vocabulum longè generalius est, dixerat, tamen expresse addit de nepotibus, idque sæpius repetit, item ubi filios invicem substituit, etiam nepotum mentionem facit, & filios fratrum una cum patruis ad successionem patris prædefuncti admittit. Item dum pœnam imponit liberis impugnantibus testamentum, etiam nepotibus injungit. Sic etiam in hac ipsa dispositione, ubi de distributione portionis cum sororibus dividenda agit, nepotum ex filiabus mentionem facit, nam cum in capitulis testamenti, quæ etiam ad nepotes pertinere voluit, de iis expressè disposuerit, atq; adeo nepotum à filiis separatam mentionem fecerit, in proposito verò prætermissis nepotibus de filiis tantùm verba fecerit, verisimili conjectura inde colligitur, quod testator dispositionem minimè de nepotibus accipere voluerit.

Est enim † pro regula traditum, quando testator in una parte testamenti nepotum separatam à filiis mentionem fecit, atq; adeò hæc duo vocabula tanquam diversa accepit, in alia verò parte de filiis tantùm dixit, quod tum id quod de filiis simpliciter dixit, tantùm de filiis primi gradus, nõ autem de nepotibus intellexisse præsumatur, neq; id in nepotibus ex præsumta mente testatoris locum habeat, *ita per text. in l. hæredes palam. §. sed si notam. ibi vel ex vici-* 25

vicinis scripturis vel ex consuetudine patrisfamilias. de hared.instit. & in l. qui filiabus. ibi si mentionem in aliqua parte fecit posthumi & in l.si servus plurium. §.fin. de leg.1. & not. per Bart. in l. centurio nu. 27. vers. Quid enim si dicit testator. de vulgar. & pupillar. docet Corneus cons.304. lit. X. vol.3. & cons.9. lit. F. eod. vol. Ita tenuit autor consilii, quod est apud Bart. Socin. *cons.152. part.1.* ubi ex eo, quod testator in una parte testamenti, quam ad omnes descendentes pertinere volebat, locutus fuerat de liberis, in alia verò tantùm de filiis, arguit, testatorem intellexisse differentiam horum vocabulorum, & quod de filiis dixit minimè de nepotibus accipiendum. Cum verisimile sit, eũ ideo diversis usum fuisse vocabulis, quod aliud de filiis aliud verò de nepotib disponere voluerit, *l. si idem. C. de codicill. junct. l. Labeo. §. idem Tubero. de supellect. leg.* Si enim nepotes voluisset comprehendere, ita scivisset dicere in uno casu, sicut in altero, *l.1. § sin autem deficientis. de Caduc. tollend.* & addit ibidem, quod ad declarandam voluntatem testatoris nulla melior conjectura haberi possit, cum una pars testamenti declaret aliam, *d. l. si servus plurium l. qui non militabat. §. Lucio de hared. instit.* Et hanc doctrinam sequuntur multi Dd. in subscriptionibus ibi annexis & Bart. Socin. *cons.69. n.2. vers. secunda ratio vol.3. & cons.73. vol.4.* Marian. Socin *cons.128. nu.71. vol.1. & cons.168. nu.77. vol.2.* ubi inquit, quando testator in testamento aliàs verbum Filios, accepit tantùm pro existentibus in primo gradu, & nepotes vocavit filios filiorum, postea verò illud profert simpliciter, tum non censetur de nepotibus intellexisse, & in casu converso hanc doctrinam etiam amplexus est *Curt. jun. cons.111. n.7. Et Cravett. cons.62. nu.22.*

Hæc eadem voluntas testatoris, quod videlicet in proposito de nepotibus ne cogitaverit quidem, magis apparebit, si quis facti propositi qualitates diligentius consideraverit, easdemque cum eo statu, qui tempore conditi testamenti fuit, contulerit. Testator enim conditi testamenti & mortis etiam tempore aliquot liberos ex primo matrimonio, ex secundo verò quatuor filios, ac filias sex habuit, & testamento suo filios secundi matrimonii invicem substituit, & inter alia disposuit, ne hi, quibus prædium reliquerat, divisionem inirent antequam minor natu 24. annum attingeret. Erat autem is mortis tempore quatuor annorum puer, ut proinde filii, si hanc testatoris voluntatem sequi voluissent, diu admodum in communione permanere fuissent coacti. Hinc igitur testator veritus, ne ita in communione existentes diutius prædium istud conservare possent, processit ad dispositionem hanc, ut siquidem una cum pertinentiis illud venderent, certam portionem cum cæteris dividere tenerentur, atque adeo ad eum casum potissimum respexit, quo filii in communione existentes prædium istud simul alienarent, prout hoc primò apparet ex eo, quod de divisione non ineunda disposuerat, deinde quod omnibus filiis simul distrahentibus, non autem singulis portionem suam vendentibus hoc onus injungit. Quartò, quod de toto prædio & suis pertinentiis, ibi, sampt seiner zugehörung/ & item de toto precio ex venditione redacto disponit. Quintò, quod de distributione in omnes secundum capita facienda verba facit, cui quidem siquidem unus tantum portionem suam venderet, locus esse non posset. Ut proinde ex hisce appareat, testatorem ad eum casum potissimùm respexisse, quando prædium à filiis in communione existentibus simul venderetur. Neque ullum præterea extat indicium, ex quo colligi possit, testatorem post divisionem factam etiam singulos in portione sua nedum nepotes filios

filios ipsorum onere isto gravare voluisse. Quinimò in præcedentibus verbis in eum casum, quo aliquis filiorum vel ante vel post divisionem portionem suam malè consumpserit & prodegerit, peculiarem dispositionem facit, & omnes liberos simul substituit, conferamus modò cum hac testatoris dispositione factum ipsum, quod postea evenit.

Ac primò quidem post mortem testatoris ex quatuor filiis unus decessit, & portio ejus non solùm inter fratres germanos, quos in hunc casum testator substituerat, sed simul etiam inter fratres consangvineos, horumve liberos ex peculiari transactione desuper inita contra jamdictam substitutionem testatoris fuit divisa, ita ut quilibet ex tribus fratribus germanis pro rata in se susceperit, fratribus consangvineis portionem ex successione fratris prædefuncti debitam persolvere. Deinde tempus in testamento præfinitum non expectarunt filii, sed majore natu fratre ad divisionem provocante, prædium istud diviserunt, in quo, ut suprà dictum est, pars tertia fratri minori separatim fuit adjudicata. Duæ verò partes divisionem non recipientes pro indiviso duobus fratribus obvenerunt. Postea hisce duobus iterum divisionem suscipientibus, duæ illæ partes prædii alteri ex fratribus fuerunt adjudicatæ, isq; precium ejusdem fratri persolvit, atque adeo portionem ejusdem emtionis titulo de novo quodammodo acquisivit. Moritur is, deinceps relictis post se tàm filiis, quàm filiabus, qui prædium istud deinde alienarunt, quæ quidem omnia sunt ejusmodi, ut prædictæ voluntati atq; dispositioni testatoris minimè conveniant, ac testator de iis ne cogitare quidem potuerit, nam prædium, quod testator filiis ex secundo matrimonio ita reliquerat, ut invicem essent substituti, uno ex ipsis mortuo, pro rata cum fratribus consangvineis diviserunt: Cum testator veritus esset, ne filii prædium illud non conservarent, utiq; propter opinionem ejusdem fuit à filiis conservatum, quod de filiis in communione existentibus potissimum dispositum est, nunc post binam celebratam divisionem demum contingit, quod omnibus filiis simul injunxerat, nunc uni & non quidem filio sed ejus liberis nepotibus incumbit, cum maximo ipsorum incommodo, postquam nimirum pater ipsorum portionem fratris propria pecunia emerat, magnos sumtus de suo fecerat, ut prædium istud liberis suis relinqueret. Ut proinde hæc à dispositione testatoris admodum sint aliena & remota, atque adeo verisimilem conjecturam præbeant, testatorem de isto casu, prout nunc contigit, ne cogitare quidem potuisse. Minimè igitur ad propositam facti speciem supradicta dispositio extendenda erit.

Cum juris sit indubitati, quamlibet dispositionem † quantumvis generalem, de iis tantum casibus accipiendam, de quibus disponens verisimiliter cogitare potuerit, ad alia verò præter mentem ejusdem contingentia minimè esse extendendam, *ut ex text. in l. 2. §. quæsitum. si quis cautio. & in c. quintavallis. de jurejur. cum similib.* Ideoque in quacunque dispositione, quantumvis generali, videtur semper exceptus casus à principio verisimiliter non cogitatus, *l. qui cum tutoribus. in fin. & l. mater decedens. de inoffic. testam. not. Bart. & Dd. in l. qui Romæ. §. duo fratres de verbor. oblig. Tiraquell. in l. si unquam in fin. C. de revocand. donat.* 26

Et hinc est, quod casus præter ordinationem testatoris contingens in dispositione ejusdem minimè includatur, etiamsi major videatur subesse ratio, *ut post Cyn. in l. quod favore. de ll. docuit Petr. de Anchor. cons. 356. quem refert & sequitur Decius cons. 63. n. 3. & cons. 89. n. 3. col. penult. vers. secundo potest responderi*

deri & conſ.290 in fin. & conſ.291. in fin. & Pariſ. conſ 89. n.20. vol.2. Cravett. conſ.161. num 10.

27 Ut interim † omittam, quod tempore mortis teſtatoris nulli ex filiis ſecundi matrimonii extiterunt nepotes, quinimò ne filii quidem ipſi uxorati fuerunt. Nam vel inde colligere licet, teſtatorem de nepotibus minimè ſenſiſſe, *prout docuit Alex. conſ.184. n.2. vol.2. Corn. d. conſ.199. col.10. vol. 2. & conſ. 290. in fin. vol.4. Bart. Socin. conſ.75. col.6 in fin. vol.4. Autor conſilii relati inter. Bart. Socin conſ 152. quem ſequuntur multi Dd. in ſubſcriptionibus ibi annexis, Decius d. conſ. 95. Gozad conſ.36. n.7. Socin. jun conſ. 30. n. 24. lib 3. Ceph. conſ.3. n.36. vol.1 Thob. Non. conſ.33. n.22.* Et quamvis non deſint, qui in hoc ultimo aliter ſentiant, quin tamen jam dictam conſiderationem, & inde deſumtas mentis conjecturas plurimùm adjuvet, non dubitatur.

Porrò ex iis quæ jam de qualitatibus hujus negocii noſtri diximus, ſimul etiam apparet id, quod ſuprà ex æqualitatis ratione in contrarium, conſideravimus, uſq; adeo locum non habere, ut etiam hæc eadem æqualitatis ratio magis ſuadeat, diſpoſitionem hanc de nepotibus minimè accipiendam.

Demus enim teſtatorem æqualitatis inter liberos conſervandæ gratia hoc onus injunxiſſe filiis. Hæc tamen ratio tum demum rectè in conſiderationem venire poſſet, quando ipſimet filii & quidem in communione exiſtentes prædium illud vendidiſſent.

Tum enim ſumma à teſtatore præfinita inter liberos æqualiter dividi poſſet, neq; unus ex filiis præ cæteris gravaretur, ſed onus hoc omnes reſpiceret. At quando ut in propoſito diviſione inter filios & quidem non ſemel facta, cuilibet ſua portio eſt aſſignata, & unus fratrum ab altero portionem ſuam emit propria pecunia: Is liberorum gratia magnos ſumtus de ſuo fecit, ut prædium conſervaret, & liberis ſuis relinqueret, & ad demum moriens ad liberos ſuos transmiſit, res longè aliter ſeſe habet: Quæ enim quæſo hic poterit cadere æqualitatis conſideratio inter liberos teſtatoris, cum jam non de liberis ſed de nepotibus cum patruis atq; amitis in partes vocandis, Neque etiam de prædio à teſtatore, ſed à filio ejuſdem relicto & quidem pro mediâ parte emptionis titulo acquiſito, & ad ſuos liberos proprio jure transmiſſo agatur, neque onus hoc omnes filios, qui gravati fuerant, ſimul concernat, ſed in unius & quidem liberorum ejuſdem maximum incommodum cedat. Eſſet ſanè perquam iniquum & durum, poſtquam alter filiorum mediam partem prædii à fratre emit, & magnum propterea in ſe ſuſcepit æris alieni onus, multosq; de ſuo fecit ſumtus, quo prædium hoc in familia conſervaret, & in liberos transmitteret, deinceps liberi ejus illud vendentes amitas in partes vocare, atque adeo unius filii liberi ſoli inæqualitatem à teſtatore ſemel conſtitutam cum maxima ipſorum jactura compenſare tenerentur, cæteris filiis nihil ad hoc conferentibus.

Quàm † enim facilè contingere poſ- 28
ſet, ut hac ratione nepotes propter multitudinem eorum & æris alieni onus à parente relictum minus à proprio parente perciperent, quàm amitæ ab ipſorum patre teſtatore, à quo ſufficienter jam erant dotatæ, *Prout hoc in terminis ferè noſtris conſideravit, & utpote rationi non conſentaneum minus admittendum eſſe exiſtimavit. Curt. Sen. conſ. 44. col.9. verſ. ad tertium argumentum, & in ſimili idem conſiderat Marian. Socin. conſ.181. n.60. vol.2.*

Non igitur in propoſito locum habere poteſt æqualitatis ratio ſuprà conſiderata, neque propterea diſpoſitio ad nepotes extendenda, ſed potius jam dictæ iniquitatis evitandæ gratia

gratia tàm ex verborum proprietate quàm ex præsumta mente testatoris de filiis tantum accipienda erit.

29 Regulariter † enim in quavis dispositione verba ita sunt accipienda, ne quid durum, inhumanum vel iniquum inde sequatur, *l. nam absurdum. de bonis libert c. clericos. de offic. vicar.* Et de voluntate testatoris ita interpretanda est *text. in l. fin. cum ib. not. C. commun. utriusq. jud. & in l. quæsitum. §. sed ipse Papinianus. de fund. instruct. l. illud in fin. C. de collat.* Estq; hoc usq; adeò verum, ut potius verba impropriè accipiantur, quã ut interpretatio, ex qua iniqui aliquid resultet, admittatur, ut docet Alexand. *cons. 52. n. 2. vol. 1. & cons. 85. n. 11. vol. 4. & cons. 17. n. 7. vol. 7.* ubi ait, quod dispositio testatoris ita interpretari debeat, ne quid absurdum, durum, impium aut iniquum contineat, *allegat text. in l. uxorem. §. Codicillis cum gl. in verb. pietatis & § Concubinæ & quæ ibi not. de leg. 3. idem tenet Decius cons. 433. Cravett. cons. 62. n. 8. & cons. 130. nu. 8.*

30 Atq; hinc in † casu converso, quod ubicunq; aliquid durum & inhumanum inde sequeretur, nisi etiam appellatione filiorum comprehendantur nepotes, semper etiam nepotes venire, *per text. in l. Lucius. de hered. instit. docuit Bald. in d. §. Institutione. quem sequitur Alex. d. cons. 9. n. 2. vol. 1. & cons. 5 n. 6.*

Atq; hinc etiam colligitur, quod etsi casus iste in vita Martini filii testatoris contigisset, non tamen omni dubitatione careret, utrũ is sub dispositione testatoris comprehenderetur, an verò ea non obstante Martinus prædium istud liberè alienare potuisset, tum quia ut dictum est, Testator de omnibus filiis & quidem in communione existentibus loquitur, tum etiam quia de toto prædio alienato disponit, ut jam demonstravimus, cum interim in proposito alienatio, non ab omnibus filiis, sed ab uno tantùm filiorum & quidem post binam divisionem initam fiat, neque etiam totum prædium alienetur.

Nam etsi non † rarum sit, ut numerus pluralis in singularem resolvatur, atque id quod de multis dictum, etiam in uno locum sibi vendicet, *l. 3. §. negotia. ubi not. gloss. de negot. gest. l. falsa demonstratio. §. fin. de condit. & demonstrat. l. 1. C. de condit. insert. l. jubemus. §. fin. autem. Ad Trebell. l. Lucius. §. fin autem ad Trebell.* 31

Tamen † extra omnem controversiam positum est, id interpretatione magis ex verisimili mente proferentis desumpta, quàm ex propria verborum significatione contingere, & quod alioqui verba de pluribus prolata ex propria ipsorum vi atq; natura de uno minimè accipi possint. *Hoc probatur optimè per text. in l. Hoc articulo. de hered. instit. & in l. si hered. plur. ff. de condit. instit. docet Bartol. in l. si gemina in fin. ff. Arbor. furt. cæsar. l. cum ita. §. qui plures. de leg. secundo. Decius in l. quamvis. C. de impub. & aliis subftit. Corn. cons. 93. vol. 3. Dec. cons. 287. nu. 13. Bursat. cons. 67. n. 14.* 32

In dubio autem, ubi de voluntate disponentis aliter non apparet, à proprietate verborum non recedendum esse, suprà in primo fundamento satis jam demonstraverimus. Quibus in proposito secundo loco accedit, quod docet Everhard. *in loco à vinumeri. nu. 7.* ubi ait, ubicunque ex eo, quod pluralis locutio in propria significatione accipitur, non resultat nisi æquum & justum, tunc non fit resolutio pluralis sermonis in singularem. Quin etiam consideratis circumstantiis jam adductis longè æquius sit, ne filii post divisionem factam hoc onere graventur, quàm ut uni soli onus istud incumbat, isq; id, quod multis factis sumptibus hucusq; conservavit, cum sororibus dividere cõgatur, neminem ambigere arbitror.

Idque tertio in casu nostro vel ideò potissimum obtinet, ex quo hic in casu odioso versamur, prout ex supradictis apparet.

33 Nam † quod in materia odiosa & stricte interpretanda huic interpretationi locus non sit, neque pluralitas in singularitatem resolvatur post Rayn. de For. quem refert, docet Joan. de Imol. *in d. l. falsa.* & eum sequitur Corneus *cons. 230. sub lit. D. vol. 3.*

34 Ubi inde concludit, quando † pluribus concessa est Emphytevsis, ita ut alienare possint, tum singuli portionem suam pro libito alienare non possint. Idem docuit Dec. *d. cons. 287. num. 14.*

35 Quartò idem suadetur ex eo, quod vulgò traditur, quotiescunq; inde † quod pluralitas resolvitur in singularitatem, aliqua inæqualitas resultat, tum hæc interpretatio nequaquam admittenda sit, *ita per text in d. l. Quamvis C. de Impub. & aliis subst it. docet gloss. in d. l hoc articulo. de hared. instit. quam sequitur Bald. & Salic. in d. l. quamvis. Alex. d. cons. 136. nu. 2. vol. 2. & sensit idem Everhard in d. loco à vi numeri. nu. 7. ibi vel ratione inæqualitatis vitandæ.*

Ex iis autem, quæ hactenus diximus, satis apparet, quàm durum & iniquum esset, si uni soli filiorum hoc onus incumberet, isq; portionem suam, quam pro media parte propria pecunia emit, & pro ea conservanda magnos sumptus de suo fecit, cum sororibus dividere teneretur, non igitur hæc interpretatio in proposito admittenda sed potius propriæ verborum significationi standum erit.

36 Accedit quintò, quod communiter † receptum est, ubicunque non eadem militat ratio, tum nunquam pluralem locutionem in uno tantum locum habere, *prout docet Bald. in l. jubemus. § sin autem C. ad Trebell. quem refert & sequitur Bartol. Socin. cons. 43.*

Nam quod longè diversa sit ratio ejus casus, quo filii in communione existentes prædium alienant, & quando unus solus portionem suam vendit, ex paulò ante dictis est plusquam manifestum.

Denique de his in proposito vel ideo minus dubitandum videtur, ex quo de mente testatoris ex tot argumentis apparet, quod ad eum casum, quo filii in communione existentes prædium illud alienarent, respexerit, & de alienatione totius prædii senserit, prout jam demonstravimus.

Est enim † pro regula traditum, quod nunquam contra mentem disponentis pluralis numerus in singularem resolvatur, prout tradit Bald. & Salicet. *in d. l quamvis.* quos refert & sequitur Socin. *d. cons. 43. &c.* Et docet Everhard. *in d. loco à vi numeri per text. in l. cum quidam.* & ibi not. Bald. *C. de Impub. & aliis subst it.* addens, quod de hac voluntate potest apparere multipliciter, vel quia in dispositione ponitur dictio collectiva, *ut in d. l. cum quidam*, vel ratione inæqualitatis vitandæ, *ut in d. l. quamvis*, vel ratione qualitatis adjectæ. 37

Quæ quidem omnia in proposito concurrunt, nam testator & ejusmodi dictionibus usus est, ex quibus satis elucet, cum ad omnes filios respexisse, & magna inde resultaret iniquitas, si dispositio hæc de uno acciperetur, & ejusmodi qualitates adjecit, quæ uni distrahenti minimè conveniunt, ut apparet ex iis, quæ de distributione summæ disposuit. Non igitur de voluntate ejusdem amplius ambigendum erit, & quod consequens est, contra mentem ejus dispositio hæc plures respiciens, in uno filiorum locum habere non poterit.

Cæterum † quæ jam de numero plurali in singularem non resolvendo diximus. Hæc eadem in argumento à toto ad partem, si quis fortè illud ad propositum nostrum accommodare velit, locum habent, ita ut quæ causæ impediunt, quò minus numerus pluralis de singulari accipiatur, illæ etiam obstaculo sint, ne id quod de toto est dispositum, ad partem saltem accommodetur. 38

Est

Est enim hoc de argumentandi genere hoc etiam peculiariter traditum, quod illud nunquam procedat, quoties diversa est ratio partis & totius, *ut not. Dd. in l. cum notissimi. §. in his C. de præscript. trigint. vel quadrag. annor. & in c. pastoralis. §. item cum totum de offic. deleg. sequitur Everhard. in loc. à toto ad partem.*

Eritq; huic argumento in proposito vel ideo minus locus, ex quo non solùm id, quod de toto dispositum est, de parte aliter intelligi non potest, nisi etiam id, quod de pluribus dictum est, de uno accipiatur, quod satis commodè fieri non posse, jam demonstratum est: Sed insuper etiam ex tot conjecturis simul concurrentibus apparet, testatorem de toto prædio, non autem de parte ejusdem sensisse.

Hoc enim primò colligitur ex causa, quæ ipsum; ad dispositionem hanc permovit, quia videlicet veritus erat, filios, quos tam diu in communione stare voluerat, prædium usq; ad divisionis tempus non conservaturos. Deinde quia non de singulis sed generaliter de pluribus filiis disponit. Tertiò quia loquitur de prædio cum suis pertinentiis alienato. Quartò, quia precium totius prædii considerat. Quintò, quia vult ut id, quod superest, inter omnes liberos dividatur, quod uni saltem alienanti non convenit, atque hæc quidem simul omnia juncta enixam atq; præcisam mentem disponentis ita demonstrant, ut nulla interpretatio facilè in contrarium admittatur, per ea quæ infrà in ultimo fundamento dicemus, ut proinde ex hisce affirmare penè ausim, quod etsi Martinus ipse prædium hoc alienasset, tamen dispositio testatoris de hoc casu satis commodè accipi non potuisset, verum utut res ad eum casum deducta sese habeat, id quod altiori indagini reservo, tamen quia ex jam dictis apparet, quàm probabilem dubitandi rationem habeat etiam is casus, quo unus filiorum suam portionem alienaret, vel inde satis colligitur, multò minus dispositionem hanc tot recti sermonis rationibus aliisque refragantibus ad nepotes extendendam esse, cum illud commodè fieri non possit, nisi verba hujus dispositionis multis modis contra propriam ipsorum significationem acciperentur, quam quidem interpretationem jura minimè admittunt, ut infrà mox demonstrabimus.

Accedit hisce alia ratio, quoniam ut ex verbis testamenti in principio adductis apparet, testator hac potissimùm causa fuit motus, ut filiis hoc gravamen injungeret, quia postquam ipsis incumbebat sororibus sex & quidem satis amplam dotem solvere, veritus erat, eos prædium hoc non conservaturos, ideo eis onus hoc in hunc eventum & sub hac conditione imposuit, si filii prædium istud non conservaverint, iam verò ipsimet filii in vita ipsorum prædium hoc conservarunt, atque adeo causa impulsiva, quæ potissimùm movit testatorem, cessavit, & conditio, sub qua dispositio hæc concepta erat, defecit, consequens igitur est, huic dispositioni amplius locum esse non posse.

39 Est † enim pro regula traditum, quod quotiescunq; dispositio de filiis verba faciens semel fuit verificata, tunc in nepotibus amplius locum non habeat, *ita per text. in l. Gallus. in §. Idem credendum de liberis & posthum sensit Bartol. in d. l. liberorum col penult. vers. quod si in aliqua dispositione.* & probatur optimè per vulgatam regulam, quæ docet, quamvis dispositionem de primo actu tantum accipiendam. *l. Boves. §. Hoc sermone. de verbor. signif.* faciunt ea 40 † quæ tradit Joan. Andr. *in addit. ad Specul. in tit. de test. am. §. inprimis. col. fin. vers. quinta quæstio talis est*, ubi ait, quod substitutio fideicommissaria facta alicui decedenti sine filiis expirat, illo decedente cum filiis, licet filii excluden-

tes fideicommissarium postea decesserint, *per text. l. cum vulgari. C. quando dies legat. ced. & l. si quis hæredem. C. de instit. & substit. refert & sequitur Paul. de Castr. in l. ex facto. §. penult. ad Trebell. Alex. cons. 105. num. 3. volum. 1. & multis autoritatibus comprobat Roland. à Vall. cons. 56. n. 9. vol. 3.*

Et in terminis nostris videlicet quod dispositio quæ in filiis fuit verificata, vel quod conditio de filiis mentionem faciens minimè comprehendat nepotes, si in persona filii semel extiterit, vel defecerit, secutus & Paul. de Castr. *d. cons. 97. volum. 2. Alex. consil. 91. nu. 5. vol. 1. quod & repetitum in cons. 11. lib. 3. & latè prosequitur Francisc. Curt. d. cons. 45. Decius d. cons. 95. nu. 5. & d. cons. 218. num. 7. Paris. cons. 31. n. 15. vol. 2. & cons. 86. num. 25. eod. vol.*

Denique ne conjecturis tantùm nitamur, hanc ipsam mentem testatoris, quod videlicet de filiis tantùm, de nepotibus verò minimè disponere voluerit, verba ab ipso prolata clarius demonstrant, nam hoc primò inde apparet, quod non simpliciter de fili-
41 is, sed de suis † filiis in R. loquitur, atque adeo certas personas filiorum designat. Quod enim tum, quando testator utitur verbis quibusdam, ex quibus apparet, eum ad suos filios respectum habuisse, non præsumatur, de nepotibus sensisse, docuit Joan. Andr. *in addit. ad Specul. in tit. de test. §. inprimis in ultim. quæst.* ubi pro confirmatione opinionis suæ considerat, quod in quæstione illa, de qua loquitur, erat facta dispositio per ista verba, MEORUM HÆREDUM.

Hæc † enim verba, inquit, ipsam
42 personam hæredum, qui tum fuerunt instituti, concernunt, sicut quando dicitur: lego argentum meum, servos meos, præsens non futurum tempus ostenditur, *l. si ita de auro & argent. leg.* Ideoq; ad hæredes hæredum non extenduntur, sed tantùm accipiuntur de hæredibus testatoris in testamento nominatis, *Idem sensit Baldin. d. Gallus §. instituens*, ubi generaliter concludit, quod ubicunque verbum filiorum profertur respectu certæ personæ filii, ut si dicitur, istum filium meum, tum nepotes non comprehendantur, *sequitur Corneus cons. 230 sub lit. S. vol. 3. Alex. cons. 173. n. 6. vol. 5. Dec. cons. 218. n. 11. & cons. 377. n. 5. Ruin. cons. 101. n. 9. vol. 2.* ubi ait, quod appellatione filiorum ipsius testatoris non possint contineri nepotes, quia de certis personis sensit testator, *idem sensit Marian. Socin. cons. 111. n. 28. vol. 1. & cons. 136. n. 9. vol. 2. Philip. Fortius cons. 8. n. 14. & 15. & cons. 15. n. 22. Bursat. cons. 64. n. 19. & 20.*

Deinde † idem evidenter colligitur 43
ex eo, quod de divisione cum fratribus & sororibus facienda loquitur. Certum est enim, quod filii & filiæ testatoris minimè dicantur fratres & sorores liberorum ex fratre prædefuncto nepotum videlicet testatoris, sed quod sint patrui & amitæ. Atque hinc in terminis nostris manifestum esse, testatorem respectu nepotum nihil disponere nec ordinare voluisse, ait *Zas. cons. 7. n. 29. vol. 1.*

Tertium indicium nobis præbet, 44
quod testator voluit † divisionem inter fratres pro æquis portionibus esse faciendam, nam quod hoc casu haud verisimile sit, testatorem de nepotib. sensisse, docuit Bart. Soc. *cons. 104. n. 2. vol. 3.* ubi hanc adducit rationem, quia alioqui si cum nepotibus pro virili parte divisio æqualiter esset facienda, nepotes plus inde perciperent, quàm proprii testatoris filii contra mentem ac voluntatem testatoris, idem tenuit Zasius *d. cons. 7. n. 23.* Idq; in proposito vel ideò magis locum habet, quoniam testator voluit quartò, quod distributio pro rata personarum sive in capita fieri deberet. Hæc vero divisio quin nepotibus, utpote in stirpem plerunque succedentibus minimè conveniat, neminem dubitare arbitror, non igitur verisimile est, testa-

testatorem de nepotibus sensisse, prout in terminis nostris arguit Corneus *cons. 230. col. 9. sub lit. R. vol. 3.* inquiens, quod in casu, quo filii in viriles partes vocantur, alienum sit ab omni verisimili mente testatoris, & inconveniens inde resultaret, siquidem de nepotib. etiam acciperentur, & in casu converso simili argumento utitur Barthol. Socin. *d. cons. 104. nu. 5. & 6.* Suffragatur hisce quintò, quod testator dum de divisione inter sorores ineunda loquitur, expressam nepotum mentionem fecit. Nam cum in hoc casu expressè disponat de nepotibus, in aliis verò tantùm de filiis loquatur, satis hoc ipso testatum facit, aliter se nepotes, aliter v. filios accipere, atq; adeo ubi de filiis saltem loquitur, de nepotibus minimè sentire, cum si voluisset, æquè facilè exprimere potuisset, per ea quæ suprà in tertio fundamento latius fuerunt adducta, ut proinde ex hisce satis evidenter appareat, verba, quibus testator in proposito usus est, filiis tantum, nepotibus verò minimè convenire, ideoq; nec etiam dispositionem hanc de nepotibus accipiendam.

Confirmantur hæc alia communiter approbatâ regulâ, quæ docet, quod ubicunq; in dispositione de filiis facta
45 qualitas † aliqua reperitur, quæ filiis tantùm, non autem nepotibus convenit, tum nepotes sub dispositione ista minimè comprehendantur. *Ita per text. in l. fin. C. de natural. lib. docet. Bart. in d. l. liberorum. nu. 6. circa fin. sequitur Bald. in d. §. instit. col. fin. Alex. cons. 4. n. 7. vol. 4. Corn. cons. 234. in fin. vol. 4. Rubeus Alexand. cons. 22. in fin. Zas. consil. 7.*
(b) *nu. 8. volum. 7.* (b) In casu verò nostro non una modò subest qualitas, sed plures concurrunt, ut quia testator dixit de suis filiis in R. de divisione ineunda cum fratribus & sororibus, & quidem inæquales portiones, atq; in capita.

Multò igitur magis jam dictæ regu-
46 læ locus erit, & hinc multò minus hæc dispositio de nepotibus accipi poterit, ex verbis n. geminatis magis colligitur mens præcisa & enixa disponentis, *l. quinquaginta ff. de probat. l. Balista. junct. gl. ad Trebell. l. si mulier & in Auth. sive à me. C. ad Vellejan.* & geminatio habet instar specialis nominationis, *ut ait Franc. Curt. sen. consil. 49. col. 48. v. ista enim verba, quem refert Gozad. consil. 30. nu. 3.*

Quod si aliter diceremus, utiq; verba sæpedictæ ordinationis contra propriam ipsorum significationem & testatoris etiam mentẽ multis sanè modis extenderentur. Primò dum illud, quod testator de filiis dixit de nepotibus, Deinde quod de suis filiis disposuit, de filiis filiorum acciperetur. Tertiò id, quod testator voluit habito respectu ad filios in communione existentes, intelligeretur etiam de casu quo divisio & quidem non semel facta fuit; Quartò, quod onus omnib. filiis simul injunxit, uni ipsorum incumberet; Quintò, quod de toto prædio disposuerat, in quibusdam tantum partibus sibi locũ vendicaret; Sextò, quod de fratribus & item sororibus dixit, de patruis & amitis interpretaretur. Septimò, quod de portionibus æqualiter pro virili parte cuilibet distribuendis ordinavit, illud vel hunc sortiretur effectum, ut contra verisimilem mentẽ testatoris nepotes plus quàm filii inde perciperent, vel quod de singulis dictum est, pluribus simul cõtra verborum proprietatem attribueretur, id quod etiam octavò circa verba, quæ de divisione facienda insuper addita fuerunt, contingeret. Non igitur hoc facilè admittendum, cum pro regula traditum sit, quod etsi aliàs dispositio aliquo modo interpretationem & extensionem recipiat, tamen quando unum & idem verbum sæpius repetitũ, in illa dispositione, atq; adeo multiplex esset adhibenda interpretatio, tum quia ex geminatione illa constet de expressa voluntate disponentis, & ne tot verba ad minus propriam trahan-

trahantur significationem, nulla sit admittenda interpretatio vel extensio, sed simpliciter verbis prolatis standum. *Hoc docuit gloss. in clem. 1. in verb. Diacesanis. de jure patronatus. quam sequitur Geminianus in ca. si duobus. col. 6. in princ. & ibi etiam Philippus Francus de rescript. lib. 6. Socinus in l. cum filiusfamilias. nu. 17. vers. ad primum de leg. 1. Jas. in l si constanti n. 83. solut. matrim. Everhard in loc. à vi geminata. Alciat. cons. 492. n. 16. & 24. Gozad. consil. 4. num. 25. & consil. 30. num. 3. & consil 51. num 34. & consil. 71. num. 15. & consil 78. nu. 10. Roland. à Vall. consil. 56. num. 21. vol. 3. Facit quod tradit Ripa in respons. 13. incip. Testatrix ubi per text. in l. 1. ibi Lucius solummodò. de hered. instit. ait. Interpretationem*
47 *† illam, ex qua duplex impropriatio resultat, non esse admittendam idem sensit Cravetta. consil. 288. n. 4. dum ait, duplicem restrictionem in una & eadem dispositione non tolerari argum. l. 1. C. de dotis promiss.*

Ex his omnibus arbitror, modò satis evidenter ac manifestè constare, quod sæpedicta dispositio testatoris de filiis verba faciens, sicut ipsa verborum vi nepotes non comprehendit, ita nec etiam ex tacita sive præsumpta mente testatoris ad ipsos extendi possit, sed quod potius tàm propter verborum propriam significationem, cui in dubio standum esse diximus, quàm ipsam testatoris mentem ex multis conjecturis verisimiliter collectam, de filiis tantum non autem de nepotib. sit intelligenda, & quod nepotes, ea non obstante, prædium ad se à parente ipsorum transmissum liberè alienare possint, neq; his refragantur ea, quę suprà dubitationis movendæ gratia fuerunt adducta. Nam quod primo loco de voluntate testatoris potissimum consideranda dictum est. Huic considerationi in primo fundamento hujus sententiæ nostræ abundè est satisfactum, dum ibi ostendimus, regulam illam tum demum procedere, quando de voluntate testatoris ex dispositione ejusdem constat. Tantum autem abest, ut in proposito aliquod appareat indicium, ex quo de voluntate hac testatoris verisimiliter colligi possit, ut potius de contraria mente ejusdem ex multis conjecturis magis eluceat, ut jam demonstravimus. Atq; hoc modo simul etiam evitatur id, quod de ratione alienationis prohibitæ ex communi Dd. doctrina adduximus.

Huic enim † doctrinæ tum demum locus est, quando apparet, testatorem 48
ideo prohibuisse alienationem, quia voluit bona in familia cõservari, prout in his terminis Interpretes ad hoc citati loquuntur. In proposito verò de ratione ista verbum nullum reperitur. Quinimo testator ne prohibuit quidem alienationem, sed magis eam certo onere annexo permisit, ut proinde quæ de alienationis prohibitione dicta fuerunt, minus ad propositum nostrum pertineant, ut in simili tradit Paris. *d. cons. 31. n. 19. & d. cons. 86. n. 30. vol. 2.* ubi sensit, quod nisi de prohibitione hac & familiæ consideratione ex verbis testamenti apparuerit, ea minimè præsumenda sit, quod multis etiam probat Bursatus *d. consil. 64. n. 4.* ut interim omittam, argumentum istud ex ratione prohibitæ alienationis desumtum, ejus momenti non esse, ut si de alia voluntate testatoris apparuerit, ea non magis tenenda sit, *ut patet ex traditis per Decium d. cons. 277. nu. 9. & Marian. Socin. cons. 163. num. 12. & 13. vol. 2. ubi ait, id quod suprà de ratione prohibita alienationis dictum est, tum demum procedere, quando ad illud nos urget verborum testamenti & expressa rationis necessaria (ut ipse loquitur) importantia. Sed si aliter ratio & verba testatoris declarari possent, tum non obstante dicta ratione, ille debet capi sensus: per quem prohibitio clarè facta certis personis non trahatur ad alias, idem sensit Bursat. cons. 13. n. 6. cum seqq.*

Quæ

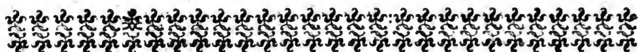
Quæ verò insuper circa æqualitatis rationem consideravimus, ad ea suprà in quinto fundamẽto fuit responsum, 49 quibus addi possunt, quod † regulariter postquam bona fuerunt ipsius hæredis effecta, isq; ea ad suos hæredes transmisit, nulla amplius cadat consideratio æqualitatis inter liberos testatoris prius defuncti, *ut sensit Curt. sen. d. cons. 44. col. 9. & plurib. comprobat Cephal. cons. 48. n. 18. & 19. ubi generaliter concludit, quo ad bona à filio hærede post aditionem suis liberis relicta nullam haberi rationem filiorum testatoris.* Estq; de hac æqualitate in proposito vel ideò minus laborandum, ex quo non solùm de ea, quod à testatore in proposito considerata fuerit, ex verbis testamenti nihil apparet, sed & contraria voluntas testatoris tàm ex verbis ab ipso prolatis, quàm ex aliis conjecturis manifestè colligitur. Totum enim hoc, excepta legitima (quam quidem in proposito filiæ adeptæ fuerunt) in potestate testatoris consistit, *ut in simili inquit Decius cons. 211. n. 5.*

50 Sic † etiam id, quod de verbis in futurum conceptis, dictum fuit, levius est, quàm ut inde contra voluntatem disponentis tot argumentis collectam aliquid verisimiliter argui possit. Nam & Interpretes in hanc sententiam citati, si rectè introspiciantur, eo tantùm in casu loquuntur, ubi dispositio testatoris in filiorum atq; nepotum commodum cedit, quo casu, ut suprà diximus, facilius interpretatio ista admittitur, atq; insuper considerant, verba ita in futurum concepta esse, ut testator verisimiliter dubitare potuerit, an tempore, quo effectum sortiri deberet sua dispositio, filii vel nepotes extituri sint. Et tamen non solùm hac doctrina, sed potius aliis fundamentis simul conjunctis nituntur. Non igitur illi in proposito locus esse poterit, ubi non solùm de dispositione nepotibus onerosa loquimur, nec etiam verba illius usq; adeò in futurum collata sunt, ut inde colligi queat, testatorem dubitasse, an casus iste viventibus liberis contingere possit, cum præsertim tantopere veritus sit, filios prædium hoc non conservaturos atq; præterea ex multis conjecturis suprà collectis de cõtraria testatoris voluntate, quod videlicet de filiis tantum, non autem de nepotibus senserit, appareat. Neq; etiam desunt, qui hanc ipsam doctrinam ita generaliter intellectam improbant, *ut videre licet apud Roman. d. cons. 438. n. 15. Aretin. cons. 145. Dec. cons. 95. Bart. Socin. cons. 73. n. 19. vol. 4.*

Ultimum † verò argumentum ab 51 affectionis consideratione desumptũ, parum urget. Ad illud enim respondit Dec. *d. consil. 95. n. 6.* Quod hæc argumentandi ratio minimè procedat, cum regulare sit, ut etiamsi filii prohibiti sint alienare, vel onere fideicommissi gravari, illud tamen ad nepotes non extendatur. Et quòd huic argumento in odiosis locus non sit, generaliter tradit idem *cons. 287. nu. 11.* Et quod ex hac ratione argui non possit, testatorem disposuisse, quod non disposuit, ait Marian. Socin. *cons. 180. nu. 74. vol. 2.* Multò igitur minus aliquid inde contra mentem testatoris ex tot conjecturis elucentem desumi poterit. Neq; etiam admittimus, testatorem magis dilexisse filias, quàm nepotes ex filio, ut propterea inde hos magis gravare voluisse videatur.

Nam quòd testator † in portione 52 relicta filio magis hujus liberos suos nepotes, quàm proprias filias diligere, atq; adeò velle præsumatur, ut portio illa ad nepotes sine onere transeat, *post alios quos allegat, docuit Curt. sen. d. cons. 44. col. fin. & cons. 69. col. 15. vers. postremò respondemus. & pluribus comprobat Roland. à Vall. consil. 56. n. 25. vol. 3. & Cephal. cons. 46. nu. 28. & seqq.* Ex quibus locis etiam plures responsiones ad hoc argumentum desumi poterunt.

ADDI-



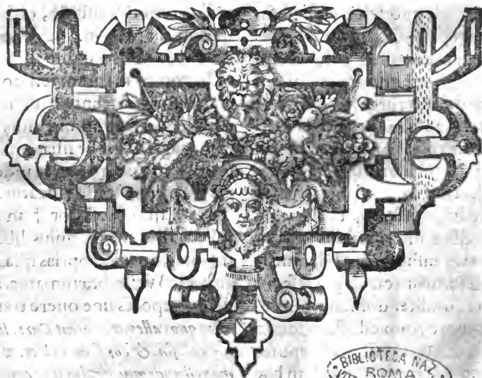
ADDITIO

Simonis Ulrici Pistoris, Hartm. F.

(a) Adde fusissimè de hac materia præter scribentes in locis ordinariis *Alex. Raudens. de anal. cap. 15. num. 36. cum seqq. Menoch. cons. 215. & de præsumt. lib. 4. præsumt. 94. Fr. Zoanet. rer. quotidian. c. 38. Bursat. cons. 337. Decian. cons. 47. vol. 3. M. Anton. Eugen. cons. 94. Pet. Jo. Anchoran. lib. 3. quæst. 12. Andr. Fachin. lib. 5. controv. c. 18. Apostilla ad cons. Laudens. cons. 25. lit. c. Fab. de Anna cons. 10. num. 47. Gamma decis. 160. nu. 8. Vincent. Carot. decis. 69. Fr. Viviumdecis. 503. nu. 12. & seq. Caballin. milleloq. 498. Daniel Moller. lib. 5. semestr. cap. 71. Cavallos commun. opin. quæst. 694. Jo. Baptist. Ladrech. cons. 93. num. 17. col. 2. M. Anton. Peregrin. cons. 30. num. 9. cum seqq. vol. 2.* à quibus pleraq; hîc à parente tradita confirmantur, ex iisq; plura quando opus est, peti possunt.

(b) Latè *Thom. Minad. in constit. in aliquib. §. Tertiò noto nu. 116.*

FINIS LIBRI TERTII QUÆSTIONUM JURIS.



INDEX



INDEX RERUM ET VERBORUM, QVÆ IN HOC LIBRO TERTIO continentur, locupletissimus.

PRIOR NUMERUS QVÆSTIONEM, POSTERIOR notabile seu numerum marginalem, denotat.

A.

Calumnia

C.

in Con-

D.

E.

Fide-

Pacta

ooo 4 Prin-

Quibus

V.

Vasal-

LIBRI TERTII.

FINIS.

